

הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא

יניב ואקי ויורם רבין*

"דע כי גודל העונש וחומר פגיעתו או קטנו וקלות סבילותו, יהיה בבחינת ארבעה דברים: האחד, חומר העבירה. כי המעשים אשר תוצאותיהם הפסד גדול עונשן חמור, והמעשים אשר תוצאותיהם הפסד קל ומועט עונשן קל. והשני, ריבוי מציאותן. שהדברים המצויים יותר צריך למונען בעונש חמור, אבל מעטי המציאות – הרי עונש קל עם מיעוט מציאותן מספיק במניעתן. והשלישי, גודל ההעזה שבדבר. כי הדבר שיש לאדם העזה לעשותו, אם מפני שהתאוה מושכת אליו מאד או לתוקף ההרגל או לגודל הצער שבעזיבתו, הרי לא ימנע ממנו אם כי חשש דבר גדול. והרביעי, קלות עשיית אותה הפעולה בהעלם ובהסתתר כדי שלא ירגישו בו אחרים, הרי ההרתעה מזה לא תהא כי אם בחשש עונש קשה וחמור".¹

- א. מבוא: מדוח ועדת גולדברג ועד תיקון מס' 113 לחוק העונשין
ב. העקרונות והשיקולים שבמרכזו של פרק הבניית שיקול הדעת בענישה

* ד"ר יניב ואקי הוא מנהל מחלקת עררים בפרקליטות המדינה. מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, ובבית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל; פרופ' יורם רבין הוא דיקן בית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל. המחברים מבקשים להודות לפרופ' רות קנאי על הערותיה מאירות העיניים לטייטה קודמת של מאמר זה, וכן לשופט בני שגיא ולעו"ד איתמר גלבפיש על הערותיהם ועצותיהם המועילות. תודה נוספת נתונה למשתתפי השתלמות השופטים שנערכה במרץ 2013 בנושא "הבניית שיקול הדעת", על הערותיהם המועילות והמפרות. ואחרון, תודה מיוחדת לאושר רובינגר על תרומתו הרבה לכתיבת המאמר. העמדות המובאות במאמר מבטאות את עמדתם הפרטית של המחברים.

¹ מורה נבוכים, חלק ג, פרק מא. מובא בפסק דינו של השופט סולברג בע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל, פדאור 13(67) 321 (2013) (להלן: "פרשת סעד").

- ג. העיקרון המנחה בענישה: עקרון ההלימה
- ד. שלבי הליך גזירת הדין
 1. שלב ראשון: קביעת מתחם העונש ההולם
 - (א) מתחם העונש ההולם
 - (ב) רוחב המתחם
 - (ג) השיקולים המשמשים לקביעת מתחם העונש ההולם
 - (ד) מתחם הכולל עונש קנס
 - (ה) היחס בין עונשי מקסימום ומינימום למתחם העונש ההולם
 - (ו) קביעת מתחם עונש הולם (וגזירת הדין) במקרים של ריבוי עבירות
 2. שלב שני: חריגה ממתחם העונש ההולם
 - (א) חריגה לקולה משיקולי שיקום
 - (ב) חריגה לחומרה משיקולי הגנה על שלום הציבור
 - (ג) היחס בין עקרון השיקום לבין עקרון ההגנה על שלום הציבור
 3. שלב שלישי: גזירת העונש המתאים לנאשם בתוך מתחם העונש ההולם
 - (א) נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה
 - (ב) הרתעה אישית והרתעה כללית
- ה. השפעות הגומלין בין השלבים של הליך גזירת הדין
 1. השפעת שיקולי שיקום ושיקולי הגנה על שלום הציבור בתוך מתחם העונש ההולם
 2. השפעת נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, על מידת החריגה מן המתחם בשל שיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור
 3. השפעת נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה על קביעת מתחם העונש ההולם
- ו. היבטים ראייתיים ודיוניים
 1. הוכחת נסיבות קשורות לביצוע העבירה
 2. חובת הנמקה
 3. תחולת החוק על ענישת קטינים
 4. היחס בין החוק לבין מוסד הסדרי הטיעון
- ז. סיכום

א. מבוא: מדוח ועדת גולדברג ועד תיקון מס' 113 לחוק העונשין

סימן א'1 לפרק ו' של חוק העונשין,² שנחקק במסגרת תיקון מס' 113,³ מבנה את שיקול הדעת השיפוטי בענישה באמצעות קביעת עקרונות ושיקולים מנחים. קביעתם נועדה לשים קץ למצב שהיה קיים בטרם נחקק תיקון מס' 113, שבו גזרו שופטים את הדין לפי השקפת עולמם ורחשי לבם.⁴

התיקון נשען על המלצות "הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי", בראשות השופט (בדימ') אליעזר גולדברג.⁵ הוועדה, שמונתה בשנת 1996, התבקשה לגבש המלצות שתשמשנה בסיס לחקיקה בנושא. בדוח הוועדה

² חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן: "חוק העונשין" או "החוק").

³ חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012 (להלן: "תיקון מס' 113").

⁴ יפים לעניין זה דבריו של השופט חיים כהן במאמרו: "מסימני ההתנשאות הוא [...] אמונתם של רבים מן השופטים שכדי לגזור דין צודק, די באינטואיציה שחנן אותם אלוהים. אין מן הצורך לבזבז זמן שיפוטי יקר על שיקולים ושקילות ולהעמיק חשוב וחקור: טביעת עינם מגלה להם מיד מה צודק ומה איננו צודק. מידת העונש היא עניין לתחושה בלבד, והתחושה הקולעת נחה על השופט, מכוח תפקידו, כמו רוח הקודש". ראו: חיים כהן "ענישת 'צדק' – הרהורים שלאחר השפיטה" **פלילים** א 9, 21 (1990). לעומת הגישה הרואה טעם לפגם בענישה אינטואיטיבית, ישנן גם גישות אשר אינן שוללות אינטואיציה בהקשר זה. לדיון מעמיק בשאלת מיקומו של הליך גזר הדין על הציר שבין מלאכה אינטואיטיבית לבין עבודה מדעית ראו: רות קנאי "בין אמנות למדע: גזירת הדין כאומנות" **עלי משפט** ח 217 (2010). לגישה שונה מזו שמציגה קנאי ראו: עפר ברטל "על אודות החוק החדש להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" **הסניגור** 184, 12, 13 (2012). כך הוא כותב: "הח"מ יוצא באולמות בתי המשפט, במשך יותר מעשרים השנים האחרונות. למדתי בתקופה זו, שהעונש בא 'מהבטן' ולא מהראש והוא תוצאה של איוונים וחוש משפטי, שנצבר במשך שנים".

⁵ משרד המשפטים **דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין** (1997) (להלן: "**דוח ועדת גולדברג**"). ראוי לציין שאמנם ניסוח החוק נשען על דוח ועדת גולדברג, אולם ההכרה בצורך ליתן בידי השופט כלים שיסייעו לו בשלב גזירת הדין אינה חדשה, וליוותה את המשפט הישראלי שנים רבות. ראו: יעקב בזק "השיקולים לקביעת אופי העונש ומידתו" **הפרקליט** לג(3) 308 (1981); יעקב בזק **הענישה הפלילית: דרכיה ועקרונותיה** 201-207 (מהדורה מתוקנת, 1998); דב לוין "גוזרים את הדין" **המשפט** א 185 (1993). על הקושי הניצב בפני השופט בגזירת הדין כתב לוין כך בעמ' 186: "דומה, עם זאת, כי המשימה הקשה מכל, מבחינה אנושית ומצפונית, מבחינת האחריות הציבורית ומבחינת ציפיות הציבור, היא זו שבפניה ניצב שופט בבואו לגזור דינו של אדם. זו החלטה שיכולה להדיר שינה מעיניו של שופט, שהרי בכוחו לשלול חירותו של בן אנוש, לצוות על כליאתו מאחורי סורג ובריח למשך חודשים ושנים, בתנאים, שכפי שידוע ברבים, הם למרבה הצער קשים, מכבידים ולא אחת מבישים ומשפילים". לצד הכתיבה האקדמית, נעשה גם ניסיון להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בהצעת החוק לתיקון החלק המקדמי והכללי לחוק העונשין, באמצעות קביעת מנגנון של עונשי מינימום. ניסיון זה נכשל, והצעת החוק נתקבלה בלעדיו. לפירוט ההיסטוריה התחקית של הבניית שיקול הדעת בענישה בישראל ראו: לסלי סבה ואיריס ויינריב "רמות ענישה בחיפוש אחר תאוריה" **חוקים** ג 99, 113-115 (2011) (להלן: "סבה ויינריב").

נקבע שהמצב ששרר לפני תיקון מס' 113 לחוק בכל הנוגע לשיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, אינו המצב הרצוי, ויש להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בדרך של חקיקה.⁶

על בסיס המלצות הוועדה, פורסמה בשנת 2006 הצעת החוק הממשלתית.⁷ על הצעה זו נמתחה ביקורת חריפה. עיקר הביקורת הופנה כלפי הניסיון להבנות את שיקול הדעת באמצעות קביעת מנגנון של עונשי מוצא.⁸ על רקע דברי הביקורת הועברה הצעת החוק להמשך דיונים בוועדת "חוקה חוק ומשפט" של הכנסת (להלן: ועדת החוקה).⁹ בסופו של דבר הוחלט לפצל את הצעות החוק ולהשאיר את החלק

⁶ שם, דוח ועדת גולדברג, בעמ' 6.

⁷ הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 241 (להלן: "הצעת החוק").

⁸ על פי הצעת החוק, עתידה הייתה לקום ועדת מומחים מקצועית, שתהיה אחראית לקביעת עונש מוצא לצד כל עבירה. עונש המוצא היה אמור לבטא את החומרה המושגית של העבירה, בנסיבות עשייתה הטיפוסיות, ולשמש נקודת עיגון לבית המשפט שממנה יוכל לסטות לקולה או לחומרה, לפי שיקול דעתו שהובנה אף הוא בהצעת החוק, ובהתחשב בחומרת המעשה בנסיבותיו הקונקרטיות ומידת אשמו של הנאשם. מטרתו הייתה להעניק לשופט נקודת עיגון ראשונית שתסייע לו להעריך, ביתר דיוק, את מידת החומרה של מעשי הנאשם, ולגזור את עונשו בהתאם. לעיון בסעיפי החוק המסדירים את נושא עונשי המוצא ראו: שם, הצעת החוק, בס' 40-44. על הצעה זו נמתחה ביקורת חריפה. לדעת המבקרים, בתי המשפט יחששו לסטות מעונשי המוצא, מחשש לערעור על גזר דינם. לפיכך עונשי המוצא ייפכו דה פקטו לעונשי חובה. מציאות זו תביא בעקבותיה שלוש תוצאות בלתי רצויות. האחת, החמרה בענישה – עונש הנשען על הערכה מושגית של חומרת העבירה הוא תמיד קשה יותר מזה הבוחן את הנסיבות הקונקרטיות שבהן התבצעה העבירה. השנייה, פגיעה בעקרון האינדיבידואליזציה, המחייב לגזור את העונש בהתחשב בנסיבות הקונקרטיות בכל מקרה ומקרה. השלישית, חזיון שיקול דעתה של התביעה על חשבון שיקול דעתו של בית המשפט. מכיוון ששיקול דעתו של בית המשפט יהיה כבול לענישה מחמירה, תיטה הפרקליטות לערוך עסקאות טיעון מקלות כדי לאזן את המצב שנוצר. לדיון ביקורתי במנגנון לקביעת עונשי המוצא ראו: בועז סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת בענישה)", תשס"ה-2005 "עלי משפט" 247 (2005) (להלן: סנג'רו); אורן גזל-אייל ורותי לזר "ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא" חוקים ג 41 (2011); ענת הורוויץ, דניאל אוחנה, מירי גור-אריה, דורון טייכמן, לסלי סבה ויצחק קוגלר "נייר עמדה של פורום ירושלים לחקר המשפט הפלילי בנוגע להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה)", התשס"ו-1996 "חוקים" ג 19, 35-36 (2011); דורון טייכמן "הבניית שיקול הדעת בענישה: נקודת-הראות הכלכלית" עיוני משפט לב 649, 683-694 (2011). על פי טייכמן, סיבת ההחמרה בענישה אינה נעוצה בעונשי המוצא כשלעצמם, אלא במבנה המוסדי של הוועדה האמונה על קביעתם. לפי הצעת החוק, לשר המשפטים סמכות למנות את חברי הוועדה על פי שיקול דעתו המלא. הקשר הגורדי בין חברי הוועדה לבין הדרג הפוליטי עורר חשש ל"פוליטיזציה" של הוועדה, שהייתה יכולה לבוא לידי ביטוי בעונשי מוצא מחמירים כדי לספק את "רעבונו" של הציבור להחמרה בענישה.

⁹ הפרוטוקולים ניתנים לאיתור באתר הכנסת. זמין ב־ www.knesset.gov.il/protocols/search.

של עונשי המוצא לדיון מאוחר יותר.¹⁰ בתום הדיונים אושרה הצעת החוק על ידי הכנסת, והיא תיקון מס' 113 לחוק העונשין.

ברקע ההחלטה להבנות את שיקול הדעת השיפוטי, באמצעות חוק, עמדו שלוש סיבות עיקריות:¹¹

(1) **עקרון החוקיות:** סעיף 1 לחוק העונשין, שכותרתו "עקרון החוקיות", קובע: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו". מתוך עקרון החוקיות מתבקש שבית המשפט יפעל בשיטתיות ובאחידות ככל האפשר. עקרון החוקיות מחייב את הבניית שיקול דעתו של בית המשפט כדי להבטיח יתר ודאות, בהירות וצפיות של העונש שבית המשפט עתיד לגזור על הנאשם.¹²

(2) **עקרון השוויון:** במצב שהיה קיים בטרם נחקק תיקון מס' 113, שופטים גזרו את הדין בלא כל הנחיה, ונפערו פערי ענישה גדולים בין גזרי דין של נאשמים שעמדו לדין בגין אותן עבירות ואשר נעברו בנסיבות דומות.¹³ לפיכך נוצר הרושם שבית המשפט פועל בשרירות ועקרון השוויון מופר. נטען שהסטייה מעקרון השוויון כרסמה באמון הציבור במערכת המשפט הפלילי.

(3) **המשמעות המוסרית של שיקולי הענישה:** להכרעה בשאלת הענישה חשיבות ערכית ומוסרית מן המעלה הראשונה. הענישה הפלילית היא הכלי הקשה ביותר שחברה דמוקרטית וליברלית מפעילה כלפי חבריה. ראוי שעקרונות הענישה יקבעו מתוך ראייה רחבה המייצגת את עמדות הציבור, ולא יהיו נתונים להכרעה פרטנית של כל שופט ושופט לפי השקפת עולמו האישית.

תיקון מס' 113 מבנה את שיקול הדעת השיפוטי בשלושה מישורים: מהותי, דינוי וראייתי.¹⁴ במישור המהותי החוק קובע את עקרונות הענישה, תוך התייחסות

asp?vaada=6 (נבדק לאחרונה ב-25.8.2013).

¹⁰ החוק כולל כמה שינויים נוספים (לעומת הצעת החוק) עליהם נעמוד בהמשך.

¹¹ דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7-9.

¹² אחדות זו לא הייתה ניתנת להשגה על בסיס החוק בנוסחו הקודם (טרם תיקון מס' 113 לחוק). עונשי המקסימום הקבועים בחוק משקפים את מעשה העבירה בנסיבותיו הקשות ביותר, נסיבות הבאות לידי ביטוי רק במקרים קיצוניים שהם נדירים מטבעם, ולפיכך אינם יכולים לשמש כלי יעיל להבניית שיקול הדעת השיפוטי. ראו: דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7. ¹³ טייכמן מציין שהמחקר העוסק בחוסר אחידות הענישה בישראל אינו מקיף ומלא. עם זאת, הוא מביא ממצאים ממחקר שנערך בנושא על ידי קרמניצר וחסין. המחקר בחן את השונות בענישה בגין עבירה "טכנית" בעיקרה של אי-ציות לרמזור אדום. אף על פי כן נמצא חוסר אחידות בענישה הנובע בין השאר משונות בין השופטים. להרחבה ראו: טייכמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 658-659; יעל חסין ומרדכי קרמניצר "אחידות בענישה בעבירת תעבורה" **משפטים** יח 103 (1988).

¹⁴ אורן גזל-אייל "תג מחיר העונשים" **עורך הדין** 14, 88-89 (2011) (להלן: גזל-אייל "תג מחיר

למשקלם היחסי, האיזון הראוי ביניהם וכן את הנסיבות הרלבנטיות לעונש.¹⁵ במישור הדיוני החוק קובע הליך תלת-שלבי לשם גזירת הדין, וחובת הנמקה מפורטת בצדו. החוק גם מבנה את דרך הענישה הראויה במקרים של ריבוי עבירות. במישור הראייתי החוק מסדיר לראשונה את נטלי ההוכחה המוטלים על כל אחד מן הצדדים הטוענים לעונש. באמצעות הבניית שיקול הדעת האמור ביקש המחוקק לקדם ערכים של שוויון ואחידות בענישה.

חשוב להדגיש שהואיל ומדובר בחקיקה חדשה, הפסיקה שניתנה בעניינה עדיין מצומצמת. גם השימוש בהיסטוריה התחקיתית – כלומר בהצעת החוק, בדברי ההסבר לה ובפרוטוקולים של הדיונים בכנסת – צריך להיעשות בזהירות רבה לנוכח השינויים שחלו בנוסח הסופי של החוק. נראה שתחלופנה עוד כמה שנים בטרם תתעצבנה המגמות הפרשניות של החוק. לפיכך מטרותנו אינה להכריע בסוגיות הדורשות הכרעה, אלא לאפשר לקורא הבנה ראשונית של עקרונות החוק ושל דרך יישומו על ידי בתי המשפט.

הדיון בסעיפי התיקון לחוק ייעשה באופן הבא: תחילה נעמוד בהרחבה על המטרות, העקרונות והשיקולים המנחים הקבועים בו. לאחר מכן נציג את שלבי הליך הבניית העונש. הסדר של השלבים לא בהכרח חופף את הסדר הכרונולוגי של סעיפי החוק. לבסוף נידרש בקצרה לסוגיות נוספות העולות מן החוק כגון תחולתו על ענישת קטינים והיחס בינו לבין מוסד הסדרי הטיעון.

ב. העקרונות והשיקולים שבמרכזו של פרק הבניית שיקול הדעת בענישה

סעיף 40 לחוק העונשין, הנושא את הכותרת "מטרה", קובע כדלקמן:¹⁶ "מטרתו של סימן זה לקבוע את העקרונות והשיקולים המנחים בענישה, המשקל שיש לתת להם והיחס ביניהם, כדי שבית המשפט יקבע את העונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה". כעולה מן הסיפא, הנמען המרכזי של החוק הוא בית המשפט. החוק פונה אל השופט ומורה לו כיצד עליו לגזור את עונשו של הנאשם.

במרכזו של תיקון מס' 113 עומדות ארבע מטרות: האחת, **קביעת העקרונות והשיקולים המנחים בענישה** – העקרונות שבמרכז החקיקה הם: גמול¹⁷ שיקום, הגנה

העונשים").

¹⁵ אף שמדובר ברשימה פתוחה (ראו: ס' 40"ב לחוק).

¹⁶ סעיף זה לא הופיע בהמלצותיה של ועדת גולדברג, ואף לא בהצעת החוק הממשלתית משנת 2006. הוא נוסף לראשונה במהלך הדיונים בוועדת "חוקה, חוק ומשפט", ככל הנראה בשל חשש שהתעורר שמא אחת ממטרות החוק היא להביא להחמרה ברמת הענישה בישראל. ראו: חגית לרנאו וישי שרון "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" **הסניגור** 183, 14–15 (2012) (להלן: "לרנאו ושרון").

על שלום הציבור והרתעה (אישית וכללית). החוק מעגן את שיקולי הענישה שהיו מקובלים בפסיקה הישראלית שנים רבות;¹⁷ השנייה, **קביעת המשקל היחסי שיש לתת לכל אחד מן העקרונות והשיקולים** – החוק אינו מסתפק בעיגון עקרונות הענישה, אלא קובע גם את משקלם היחסי של העקרונות ויוצר מדרג היררכי ביניהם. משקלם הנבדל של העקרונות בא לידי ביטוי באופן שבו בית המשפט נדרש להפעילם וביחס ביניהם. במטרה זו גלום חידוש של ממש. לפני התיקון, הפסיקה הישראלית לא השכילה להתוות דרך חשיבה אנליטית ומסודרת שתגדיר את אופן הפעלתם של עקרונות הענישה. במקום זאת שימשו העקרונות בערוביה ובלא הנחיה ברורה;¹⁸ השלישית, **קביעת מתחם עונש הולם לעבירה** – בליבת תיקון מס' 113 עומדת ההבחנה בין מתחם ענישה הולם לעבירה לבין העונש המתאים למבצעה. קביעת מתחם עונש הולם לעבירה, משמעה קביעה נורמטיבית-ערכית מצד בית המשפט של העונש המתאים לעבירה, בנסיבות ביצועה,¹⁹ ובהתעלם מנסיבותיו האישיות של מבצעה. את המתחם יש לקבוע לפי עקרון ההלימה, ובמסגרתו יש להביא בחשבון את הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה ואת מידת הפגיעה בו, את מדיניות הענישה הנהוגה וכן את הנסיבות הקשורות לביצועה של העבירה; הרביעית, **קביעת העונש המתאים לנאשם בנסיבות המקרה** – במטרה זו בא לידי ביטוי עקרון האינדיבידואליזציה בענישה. המחוקק ביקש להתרחק מהתפיסה של שוויון פורמלי, המדגישה את ההתאמה בין חומרת העבירה למידת בעונש, ובחר לחזק את התפיסה של שוויון מהותי אשר מביאה בחשבון גם את הנסיבות האישיות של הנאשם שאינן קשורות לביצוע העבירה. מקומם של הרכיבים האינדיבידואליים ניכר כבר בסעיף המטרה המדגיש את התאמת העונש הן לנאשם הן לנסיבות העבירה.²⁰

ראוי לציין שבמדינות אחרות, ובראשן ארצות-הברית, אומצו מודלים של הבניית הענישה באמצעות טבלאות ענישה וכימות מספרי מדויק של העונש לפי הנסיבות

¹⁷ ע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 170, 174 (1979) (להלן: "פרשת האנס הנדיב"), שבו ניתן למצוא מפיו של השופט ברק (כתוארו אז) ביטוי פסיקתי בהיר בנוגע לעקרונות הענישה אשר שימשו את בית המשפט לפני תיקון מס' 113: "מקובל לציין, בין מכלול השיקולים שיש לקחתם בחשבון, את שיקולי ההרתעה הכללית וההרתעה האינדיבידואלית, את שיקול המניעה והתגמול, ואת השיקול השיקומי. כל אחד מאלה הוא שיקול לגיטימי".

¹⁸ רות קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקת בית-המשפט העליון" **משפטים** כד 97 (1994) (להלן: קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקת בית-המשפט העליון").

¹⁹ יש לציין, כי בניגוד להצעת החוק אשר דיברה על עונשי מוצא, התייחסות לנסיבות ביצוע העבירה על ידי הנאשם מביאה לידי ביטוי מידה של אינדיבידואליזציה כבר בשלב זה. כך, ניתן משקל רב לעקרון ההלימה לצד התחשבות אינדיבידואלית במקרה הקונקרטי. כפי שנראה, עקרון האינדיבידואליזציה יבוא לידי ביטוי גם ובעיקר בשלב הבא של קביעת העונש המתאים לנאשם בנסיבות המקרה.

²⁰ לרנאו ושרון, לעיל ה"ש 16, בעמ' 15–16.

השונות.²¹ לעומתם, המחוקק הישראלי בחר מודל גמיש יותר. חברי הרוב בוועדת גולדברג תמכו במודל הבניה שאינו נוקשה מדי. נקבע שלהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה די בקביעת עקרונות בסיסיים להפעלתו ואלה מספיקים כדי להדריך את השופט ביישוב המתח שבין השוויון והאינדיבידואליזציה שבענישה.²² על פי גישה זאת, שיקול הדעת, במסגרת העקרונות, נותר בידי השופט.²³

ג. העיקרון המנחה בענישה: עקרון ההלימה

סעיף 40 לחוק העונשין קובע כדלקמן: "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו". סעיף זה משקף את עקרון הגמול הנגזר מתפיסת המוסר הדאונטולוגית. עקרון הגמול צופה פני עבר. על פיו, מטרת העונש היא לגמול לעברין על המעשה הרע שעשה, במנותק מן השאלה אם יש בעונש כדי לקדם מטרות חברתיות חיצוניות, שאינן קשורות לנאשם עצמו.²⁴

²¹ הצעת החוק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 446. שם, בדברי ההסבר, נכתב כי בארצות הברית, למשל, יש ועדות לקביעת עונשים – Sentencing Commissions – הקובעות הנחיות מדויקות, עד כדי כימות מספרי של העונש לנסיבות השונות (ההנחיות הפדרליות הן מכוח פרק 58 ל-USC, title 28). לסקירה של התפתחות הענישה המובנית במדינות העולם, ובעיקר בארצות הברית ובאנגליה, ראו: סבה וויינריב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 106–113. ראו סקירה משווה של הסדרים חוקיים והצעות לרפורמה הנוגעים להבניית שיקול הדעת בענישה בישראל, אוסטרליה, בריטניה, ניר-זילנד, גרמניה ופינלנד, שהוכנה על ידי "מחלקת מידע ומחקר של הכנסת". זמין ב-www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01800.pdf (נבדק לאחרונה ב-25.8.2013).

²² גישה זו, המדגישה פיתוח סטנדרטים יותר מפיתוח כללים מדויקים לענישה, מכונה על ידי המלומד האנגלי Duff גישה "דיסקורסיבית", להבדיל מהנחיה "כמותית" או "מספרית". לשיטתו, הטלת עונשים אחידים לפי סוגי עבירות אינה מביאה בחשבון הבדלים מהותיים חשובים בין עבריינים העומדים לדין בגין אותה עבירה. על כן עדיפה שיטה המותירה בידי השופט מידה של שיקול דעת, שתאפשר לו להביא הבדלים אלו בחשבון. ראו: סבה וויינריב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 131.

²³ דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 8–9.

²⁴ מקובל לסווג את מטרות הענישה הכלליות לפי תפיסות המוסר שביסודן. המטרה הגמולנית נגזרת מתפיסת המוסר הדאונטולוגית. על פי תפיסה זו, מוסריות המעשה נגזרת מערכו הפנימי (אינטריןזי). ובמנותק מן התוצאות שהוא מסב. תפיסה זו גם רואה באדם סוכן מוסרי, תבוני ורציונלי, המשמש מטרה לעצמה, ולעולם לא אמצעי בלבדי להשגת מטרה חיצונית. על פי גישה זו, ענישת הפושע היא פרי חובה מוסרית הנובעת מן הרוע הגלום במעשה עצמו. צידוק העונש אינו יכול להתבסס על מטרות תועלתניות, אלא על דרישת הצדק. כלומר יש להטיל עונש על הפרט אך ורק בשל כך שביצע עבירה. תפיסת מוסר נוספת, המתחרה בתפיסה הדאונטולוגית, היא התפיסה התועלתנית. על פי תפיסה זו, מוסריות המעשה נגזרת מתוצאותיו. המטרה העליונה של המעשה המוסרי היא להגדיל את הרווחה המצרפית של החברה כולה, ולא של האדם היחיד. המעשה המסב את מרב האושר לחברה הוא המעשה המוסרי. לפיכך תפיסה זו,

מתוך עקרון הגמול נגזר גם עקרון ההלימה שמשמעותו דרישת יחס הולם בין מידת הרע שעשה העבריין לבין העונש שיושג עליו.²⁵ מידת העונש צריכה אפוא להולם את מידת הרע שעשה הנאשם ואת מידת אשמתו – לא פחות ולא יותר. הדרישה ליחס הולם נובעת מעקרונות בסיסיים של צדק והוגנות, אשר בין השאר מביאים לידי ביטוי את התחושה האנושית שעונשים המדורגים על פי חומרת העבירה הם הוגנים יותר.²⁶ מלבד היבט הצדק, עקרון ההלימה משרת שתי מטרות נוספות. ראשית, הוא תורם להגברת אמון הציבור במערכת המשפט, שכן תגובה עונשית שתיחשב לקלה מדי או לחמורה מדי, עשויה ליצור תחושת ניכור בקרב החברה כלפי מערכת המשפט הפלילי.²⁷ שנית, עקרון ההלימה מציב מודל ענישה ברור – "מידה

שלא כתפיסה הדאונטולוגית, תצדיק למשל הריגה של אדם אחד על מנת להציל את הרבים. מתפיסת המוסר התועלתנית נגזרות מטרות ענישה כגון הרתעה, שיקום ומניעה. מערכת המשפט הפלילי נועדה להפחית ככל האפשר את תופעת הפשיעה הפוגעת בחברה, ולהגביר בכך את אושרה המצרפי. לכן מטרות הענישה צופות פני עתיד. עניין אינו המעשה הרע שביצע העבריין, אלא הניסיון להבטיח שמעשים אלה לא יחזרו בעתיד. חסידי התפיסה הדאונטולוגית יטענו בגנות מטרות הענישה התועלתניות, שהן משתמשות בעברייני בתור אמצעי להשגת מטרה חברתית, חייית קרקס שיש לרסנה, ולא בתור סוכן תבוני שיכול להבין את הרע שבמעשיו. לעומתם, יטענו חסידי התפיסה התועלתנית שענישת העבריין בגין המעשה הרע שעשה אינה אלא נקמה של החברה בעבריין, במקום לצפות לעתיד ולנסות להביא לשיפור המצב החברתי. על הקשר שבין תפיסת הגמול לנקמה ראו: סבה וויינריב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 115–128. לדעתם של האחרונים, התפיסה הגמולנית אינה עשויה מקשה אחת, וניתן לזהות לפחות תשע תפיסות גמולניות נבדלות. חלקן מבקשות לנקום בעבריין על מעשיו, ואילו אחרות מדגישות מטרות אחרות, ובעיקר העברת מסרים לציבור המאשררים את המחויבות של המדינה לתפיסותיו המוסריות. לדיון נוסף בתפיסות הגמול ומטרותיהן ראו: Paul H. Robinson, *Competing Conceptions of Modern Desert Vengeful, Deontological, and Empirical*, 67(1) C.L.J. (2008) 145. לשיטתו של Robinson, לתפיסת גמול המונעת מנקמה אין חלק בתפיסת המוסר הדאונטולוגית. יש לציין, כי ההצדקות שפורטו לעיל הינן הצדקות כלליות לענישה, וזאת בשונה מהדיון העיוני על מידת העונש שיש להטיל על העבריין.

25 על הקשר בין עקרון ההלימה לעקרון הגמול ראו: Andrew Von Hirsch, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, 16 CRIME AND JUSTICE 55 (1992) (להלן: Von Hirsch). הרעיון שביסוד עקרון המידתיות הוא שהסנקציה, כדי שתהיה הוגנת, חייבת להולם את אשמו של המבצע. הדרישה להוגנות קשורה לדרישה של עקיבות מוסרית – לתגמל אדם בהתחשב במעשיו ובאשמתו. אין לה שום עניין בניסיון למנוע עבירות לעתיד לבוא. עם זאת, ניתן לקשור אותו לתיאוריות תועלתניות מורכבות הרואות בהוגנות כלי להפחתת האלימות בחברה ולא ימוץ ערכי המוסר ביתר יעילות. ראו: Von Hirsch, שם, בעמ' 75.

26 שם, בעמ' 69–75. לתיאור אודות שורשיו של עקרון הגמול במשפט העברי ובמקורות היהדות ראו: פרשת **סער**, לעיל ה"ש 1, פס' טז–יז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

27 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 10. כך נכתב בדוח: "עיקרון ההלימה משקף את סלידת הציבור ממעשה העבירה, ומבטא באופן הראוי את מורת הרוח החברתית מהפגיעה בערכים חברתיים. כך מתגבר אמון הציבור במערכת אכיפת החוק". המלומד Robinson מכנה תפיסה גמולנית המבקשת לשקף את הרגשות הציבוריים בשם "גמולנות אמפירית". לדעתו, תפיסה זו

כנגד מידה". בכך מתאפשרת השגת המטרות של אחידות ושוויון בין נאשמים.²⁸ עם זאת, מטרת עקרון ההלימה אינה להביא להחמרה בענישה ועונש העולה בחומרתו על חומרת המעשה שעשה העבריין פוגע במטרות הגמול. לבית המשפט אסור להתעלם מרחשי לבו של הציבור, אך באותה נשימה עליו גם לדעת לשמור על עצמאות שיקול דעתו, ולדחות את דרישתה של החברה להשית על הנאשם עונש חמור מכפי שמגיע לו.²⁹

הסעיף מונה ארבעה רכיבים, והוא דורש יחס ההולם בין שני הרכיבים הראשונים לבין שני האחרונים. נעמוד להלן על הרכיבים הללו:

(1) **חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו:** רכיב זה מתחלק לשני חלקים. חלקו הראשון: "חומרת מעשה העבירה" – זוהי החומרה המושגית-מופשטת של מעשה העבירה. החומרה המושגית נבחנת בהתחשב ביסודות העבירה, שבגינה הנאשם עומד לדין;³⁰ חלקו השני: "בנסיבותיו" – אלה הן הנסיבות הקונקרטיות. מדובר בנסיבות שהן "חיצוניות" ואינן קשורות להגדרת העבירה.³¹ נסיבות אלה הן שמבדילות בין נאשמים שונים זה מזה העומדים לדין בגין אותה עבירה, למשל כאשר אחד הנאשמים, שלא כאחרים, ביצע את מעשה העבירה באכזריות יוצאת דופן כלפי נפגע העבירה, או ניצל לרעה את

נבדלת מתפיסת הגמולנות הדאונטולוגית, הבוחנת את מידת אשמו של הנאשם על פי ערכים ועקרונות פילוסופיים, ומסתייגת מבחינתם על פי תפיסות המוסר הרווחות בקרב הציבור. ראו: Paul H. Robinson, *Empirical Desert*, CRIMINAL LAW CONVERSATIONS, 29 (Gravery & Ferzan eds., 2009). לשיתו של Robinson, מודל "גמולני אמפירי" משרת גם מטרות תועלתניות. אם החוק הפלילי יצור לעצמו מוניטין של חוק אמין המשקף את מערכת האמונות והדעות של החברה שבתוכה הוא פועל, הוא יוכל להשיג ביתר קלות את המטרה של הפחתת הפשיעה. במצב שבו תפיסת המוסר והחוק הפלילי מתיישבים היטב זה עם זה, אנשים יירתעו מלבצע עבירות פליליות יותר מאשר במקרים שבהם המוסריות של החוק שנויה במחלוקת בקרב הציבור. להרחבה ראו גם: Paul H. Robinson & John M. Darley, *The Utility of Desert*, 91 NW. U. L. REV. 453 (1997).

28 רות קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" **מחקרי משפט** י 39, 84–88 (1993) (להלן: קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש"). שם נכתב: "במודל ענישה תגמולי מבוססת ההחלטה על העונש על שיקולים מוגדרים היטב. ההחלטה מהווה יישום של נורמות מוגדרות, ושיקול הדעת המופעל הוא שיקול דעת שיפוטי ביסודו. קביעת כללים מראש, והפעלת שיקולים מוגדרים היטב מביאה לאחידות בענישה ולשמירה על הזכות לשוויון, ומכאן הטענה, כי ראוי לבחור במודל ענישה גמולי משום שבו ניתן למלא באופן הטוב ביותר את הזכות היסודית לשוויון".

29 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5.

30 שם, בעמ' 14–16. נזכיר כי על פי מתווה הוועדה, חומרתה המושגית של העבירה הייתה צריכה לבוא לידי ביטוי בעונשי מוצא שייקבעו על ידי ועדה מיוחדת. על פי המתווה שהתקבל בחוק, הן החומרה המושגית הן החומרה הקונקרטית נבחנת על ידי בית המשפט.

31 שם.

- כוחו או מעמדו ביחסיו עם נפגע העבירה.³²
- (2) **מידת אשמו של הנאשם:** מדובר במונח רחב אשר יכול למצוא את ביטוי בדרכים רבות ומגוונות, מהן שנוגעות להיבט הפיזי של ביצוע העבירה כגון חלקו היחסי של הנאשם בביצועה של העבירה, ומהן שנוגעות להיבט הנפשי של הנאשם בביצוע העבירה. חשוב שבית המשפט ייתן דעתו על ההבחנה שבין חומרת המעשה, לבין אשמו של הנאשם, ועל כך שייתכן, למשל, מצב שבו מעשה העבירה חמור אך אשמו של הנאשם אינו רב.³³
- (3) **סוג העונש:** רכיב זה מורה לנו שבית המשפט נדרש לשקול את כל סוגי הענישה העומדים לרשותו ובהם: מאסר, עבודות שירות, שירות לתועלת הציבור, מאסר מותנה, קנס והתחייבות להימנע מעבירה. עונש המאסר בפועל אינו צריך להיות ברירת המחדל העונשית.³⁴
- (4) **מידת העונש:** לאחר שבית המשפט בחר את סוג העונש הרצוי, עליו ליתן דעתו גם על מידת העונש, הכול לפי חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם.

לסיכום חלק זה, עקרון ההלימה הוא העיקרון המנחה בענישה, כלומר עקרון העל שעל פיו השופט חייב לבחון את העונש אשר יושת על הנאשם. בבחירה של עקרון ההלימה כעיקרון המנחה בענישה העדיף המחוקק את הגישה העקרונית הבוחנת את המעשה על פי ערכו הפנימי, על פני הגישה התועלתנית שמטרתה לקדם מטרות חיצוניות כגון הפחתת רמת הפשיעה.³⁵ עם זאת, כפי שנראה בהמשך, במודל הענישה שנקבע הושאר גם מרחב מסוים לשיקולים תועלתניים.

³² ככל שנסיבות אלה אינן חלק מהגדרת העבירה.

³³ עמי קובו "פירוש לתיקון 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" **עלון השופטים ע"ש השופט ברוך ז"ל** 14, 2 (2012).

³⁴ לרנאו ושרון, לעיל ה"ש 16, בעמ' 16. בהצעה המקורית אף נקבע במפורש כי "לא יגזור בית המשפט מאסר בפועל, אלא אם חומרת המעשה ואשמו של הנאשם אינם מתיישבים עם הטלת עונש מסוג קל יותר". ראו: דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 25. בימינו קשה לתאר מערכת ענישה בלא מאסר בפועל, אך יש לזכור שהשימוש התדיר בעונש זה הוא חדש יחסית – כמאתיים שנים. על רקע חסרונותיו הגדולים של עונש המאסר בפועל קמה התנועה "האבולוציוניסטית" אשר אחת ממטרותיה היא להביא לביטולו. ראו: סנג'רו, לעיל ה"ש 8, בעמ' 257–260; אברהם טננבאום "הגישה האבולוציוניסטית: האם הגיעה העת לבטל את הענישה הפלילית?" **שערי משפט** ב(3) 261 (2001); טלי גל והדר דנציג-רוזנברג "צדק מאחה וצדק עונשי: שני פנים למשפט הפלילי" **משפטים** מג(2) 775 (2013).

³⁵ עמד על כך בית המשפט באומרו כי "מקרב מטרות הענישה השונות, תיקון 113 מעניק בכורה, אם כי לא בלעדיות, לעקרון ההלימות, הוא – עקרון הגמול". דברים אלה נאמרו בפרשת **סעד**, לעיל ה"ש 1, פס' 21 לפסק דינו של השופט סולברג.

ד. שלבי הליך גזירת הדין

עד עתה פירטנו את השיקולים והעקרונות שחוק העונשין נשען עליהם. כעת נפנה לראות כיצד יש ליישם שיקולים אלה הלכה למעשה. החוק מבנה את שיקול דעתו של השופט באמצעות יצירת הליך גזירת דין תלת-שלבי: **בשלב הראשון** בית המשפט קובע מתחם עונשי הולם, לפי העיקרון המנחה בענישה – עקרון ההלימה. **בשלב השני** בית המשפט נדרש לבחון אם יש מקום לסטות מן המתחם שקבע. סטייה לקולה מותרת רק מטעמים של שיקום, וסטייה לחומרה מותרת רק מטעמים של הגנה על שלום הציבור. אם מצא שאין מקום לסטות מן המתחם, בית המשפט נדרש לעבור **לשלב השלישי** ובו הוא מצווה לקבוע את העונש המתאים לנאשם בתוך מתחם העונש ההולם, בהתבסס על שיקולי הרתעה אישית או כללית ועל מגוון שיקולים ונסיבות שאינם קשורים לביצוע העבירה ואשר אינם משליכים על חומרת העבירה הנדונה.³⁶ הקפדה על הפרדה בין השלבים השונים היא חשובה, והיא נועדה להגשים את תכליתו של התיקון בקידום ערכים של שוויון, עקביות ואחידות בענישה. עמד על כך השופט פוגלמן בפרשת **דבס**: "כדי שהתיקון יגשים את תכליתו, נודעת חשיבות רבה להפרדה בין השלבים. בעוד שהשלב הראשון משקף אמת מידה נורמטיבית-אובייקטיבית, שני השלבים האחרים מביאים בחשבון את מאפייניו הסובייקטיביים-אישיים של הנאשם. הפרדה זו נועדה לאפשר התפתחות הדרגתית של מתחם ענישה הולם המתמקד בנסיבות העבירה, שניתן יהיה ליישמו באופן אחיד, עקיב ושוויוני בנסיבות עבירה דומות, באופן שעולה בקנה אחד עם עקרון הענישה".³⁷

1. שלב ראשון: קביעת מתחם העונש ההולם

סעיף 40ג(א) לחוק העונשין קובע כדלקמן:

"בית המשפט יקבע מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ולשם כך יתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה

³⁶ ראו גם: ע"פ 2918/13 **דבס נ' מדינת ישראל**, פדאור 13(64) 063, פס' 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן (2013) (להלן: "פרשת **דבס**"). ניתן גם להשקיף על תהליך הענישה כהליך דו שלבי, כאשר בשלב הראשון יש לקבוע את מתחם הענישה ובשלב השני יש לבחון האם לסטות מהמתחם או לקבוע עונש בתוכו. בנוסף, בפרשת **סעד**, עמד השופט סולברג על קיומו של שלב מקדמי בו נדרש בית המשפט לבדוק ולהכריע אם במקרה הנדון מדובר באירוע אחד או בכמה אירועים נפרדים. במידה שמדובר באירוע אחד יש להמשיך בהתאם לשלבים המתוארים לעיל. לתרשים הממחיש בצורה בהירה את שלבי גזירת הדין, ראו: שם, פס' 29 לפסק דינו של השופט סולברג.

³⁷ שם, פרשת **דבס**.

הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40ט".

סעיף זה מתחלק לשניים. החלק הראשון מורה לבית המשפט לקבוע מתחם עונש הולם לפי העיקרון המנחה בענישה. החלק השני קובע את השיקולים שבית המשפט נדרש לשקול לשם קביעת המתחם. שיקולים אלה הם פירוט של שני הרכיבים הראשונים שעליהם עמדנו בניתוח סעיף 40 לחוק העונשין: "חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו" ו"מידת אשמו של הנאשם", בתוספת שיקול נוסף שהוא "מדיניות הענישה הנהוגה". את הדיון בסעיף 40 נערוך לפי חלוקה כדלקמן: תחילה נעמוד על משמעות הביטוי "מתחם עונש הולם", על ההיגיון שבבסיסו, על רוחבו ועל העונשים הכלולים בתוכו. לאחר מכן נעבור לבחון כל אחד ואחד מן השיקולים המשמשים לקביעת המתחם.

(א) מתחם העונש ההולם

סעיף 40א(א) לחוק מורה לבית המשפט לקבוע מתחם עונש הולם. המונח "מתחם" מלמד שאין מדובר במידה מדויקת של עונש, אלא בטווח של ענישה. בית המשפט נדרש לקבוע רף עונשי עליון ותחתון, ובתוכו לגזור את העונש המתאים לנאשם. כלומר עקרון ההלימה עשוי לבוא לידי ביטוי באמצעות מנעד של עונשים שיבואו בתחומו, וייחשבו כולם לעונש הולם.³⁸ עולה השאלה מדוע בחר המחוקק לבטא את עקרון ההלימה באמצעות מתחם עונשי. שאלה זו מתחדדת לנוכח העובדה שהצעת החוק הורתה על קביעת עונש הולם לנאשם ולא על יצירת מתחם הולם.³⁹ ניתן למנות כמה סיבות להחלטה זו. ראשית, העיקרון שלפיו יש להשית על הנאשם עונש ההולם את חומרת מעשיו ברור אולי ברמה העיונית, אך לא ברור כיצד ניתן ליישמו בקביעת עונש מדויק. קשה לקבוע איזה סוג עונש ואיזו מידה של עונש הולמים בדיוק את העבירה. לפיכך נכון יותר להורות על מתחם ולא על עונש מדויק.⁴⁰ שנית,

³⁸ לרנא ושרון, לעיל ה"ש 16, בעמ' 17.

³⁹ ס' 40א(א) להצעת החוק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 446.

⁴⁰ לשיטה של קביעת מתחם או טווח קיים גם עיגון בספרות העיונית. ניתן למצוא שלוש גישות אפשריות לבעיה זו: הגישה הראשונה, שבה בחר המחוקק הישראלי, היא גישת הטווח. לפי גישה זו, עקרון ההלימה, מעצם מהותו, אינו יכול לספק לנו יותר מגבולות ענישה הולמים. בתוך הגבולות יש לגזור את העונש המתאים לנאשם בהתבסס על שיקולים אחרים; לפי הגישה השנייה, באמצעות שימוש בעקרון ההלימה ניתן לגזור לנאשם עונש מדויק; גישה שלישית, מבקשת להבחין בין שני אופני דירוג ענישה – "קרדינלי" ו"אורדינלי". הראשון בוחן את מידת החומרה המוחלטת של מעשה עבירה נתון, והאחרון בוחן את מידת החומרה היחסית של מעשה העבירה, ביחס לעבירות אחרות. בניית תפריט ענישה לעבירות חייבת להתחיל בבחינה קרדינלית. בשלב הראשון, כל העבירות "נקיות" ממספר עונשי הנקוב לצדן, ולכן קביעת העונש הראשון אינה יכולה להיעשות בהשוואה לעונשים הנקובים לצד עבירות אחרות. נקודת העיגון

יצירת מתחם מאפשרת לבית המשפט להביא בחשבון שיקולים חשובים נוספים בקביעת העונש. ישנם שיקולים נוספים שראוי וצודק להתחשב בהם, אך אי אפשר להביאם לידי ביטוי באמצעות עקרון ההלימה.⁴¹ יצירת מתחם עונשי הולם מאפשרת להביא שיקולים אלה בחשבון בתוך גבולות מתחם העונש ההולם.⁴²

כאמור, לפי הוראת הסעיף, את מתחם העונש ההולם יש לקבוע לפי חומרת העבירה ומידת אשמו של הנאשם בנסיבות המקרה. אין מדובר במתחם הנגזר רק מחומרתה המושגית של העבירה כהגדרתה בחוק, אלא במתחם הנקבע לפי חומרת העבירה בנסיבות ביצועה. עמד על כך השופט שהם: "לא ניתן, לטעמי, לקבוע אפריורית מתחם ענישה הולם אחיד לכל עבירה ועבירה, וגם לא יהיה נכון לנסות וללכת בדרך זו, שכן היא חותרת תחת הוראותיו, נוסחו ורוחו של תיקון 113"⁴³, והוסיף השופט סולברג: "אין זה מן הנמנע כלל, שלאותה עבירה יהיו כמה מתחמי ענישה שונים הנגזרים מן הנסיבות הספציפיות שבהן נעברה".⁴⁴

לפיכך יש לקבוע מתחם עונש הולם אשר יביא בחשבון את הנסיבות המיוחדות של ביצוע העבירה. מתחם העונש ההולם יכול להיקבע באופן כללי בכל הנוגע לעבירות זהות המתבצעות בנסיבות דומות. על השפעת נסיבות ביצוע העבירה על עיצוב מתחם העונש ההולם עמדה השופטת ארבל: "דומני כי רוחב המתחם שייקבע תלוי במורכבות העבירה הנדונה, כלומר במידת השונות שבנסיבות ביצועה. ככל שתהיינה יותר נסיבות רלבנטיות, המשליכות על חומרת המעשה, הרי שהמתחם

העונשית הראשונה – "הקרדינלית" – היא בהכרח שרירותית, ומשתנה לפי הקונבנציה החברתית השלטת באותה העת. לעומת זאת, הדירוג היחסי בין העבירות – "האורדינלי" – המתאפשר לאחר בחירת נקודת העיגון הראשונית, הוא "מדויק" במובן זה שהוא מצליח לאתר איזו עבירה חמורה מרעותה, ולקבוע את עונשה בהתאם. להרחבה ראו: Von Hirsch, לעיל ה"ש 25, בעמ' 75–85; סבה וויינריב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 115–128; וכן ראו: Norval Morris, *Desert as a Limiting Principle*, in *PRINCIPLED SENTENCING* 201, 201–206 (Andrew von Hirsch & Andrew Ashworth eds., 1992); Andrew Von Hirsch, *Proportionality in the Philosophy of Punishment: From "Why Punish?" To "How Much?"*, 25 *ISRAEL L. REV.* 549 (1991).

41 רות קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דוח ועדת גולדברג" **מחקרי משפט** טו 147, 154–158 (1999) (להלן: קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דוח ועדת גולדברג").

42 מודל שבו רק הרף העליון והתחתון נקבעים לפי שיקולים גמוליים, ואילו שיקולי ענישה נוספים באים בחשבון במסגרת המתחם, מכונה "גמולנות מגבילה". ראו לציין שהחוק הישראלי סוטה במידת מה ממודל הגמולנות המגבילה, שכן כפי שנראה בהמשך בנסיבות מסוימות ניתן לחרוג ממתחם העונש ההולם בשל טעמים של שיקום או של הגנה על שלום הציבור (שיקולים שאינם גמולניים).

43 רע"פ 4088/13 **הדרי נ' מדינת ישראל**, פדאור 13(52) 548, פס' 6 לפסק דינו של השופט שהם (2013).

44 פרשת **סעד**, לעיל ה"ש 1, פס' 23 לפסק דינו של השופט סולברג.

יעוצב בצורה פרטנית, קונקרטית ומדויקת יותר בהתאם לנסיבות אלה".⁴⁵ השופט ג'ובראן גם הוא הדגיש את הצורך לקבוע מתחם בהתחשב בנסיבות ביצועה של העבירה: "אין לקבוע מתחם ענישה כללי, הכולל קשת רחבה מאוד של מעשים אפשריים [...] עלינו לזהות את מתחם הענישה הראוי לקבוצות מעשים הדומים בנסיבותיהם".⁴⁶ ובדומה הדגיש השופט פוגלמן כי קביעת מתחם המתייחס לסוג העבירה ולא לנסיבותיה חוטאת לתכליתו של תיקון מס' 47.113.

למתחם העונש ההולם נודעת השפעה מכרעת על העונש הסופי אשר ייגזר על הנאשם. גבולות המתחם מהווים את הרף התחתון והרף העליון לעונש שייגזר על הנאשם, וכפי שיפורט בהמשך, הם שיכתיבו את המשקלות היחסיים אשר יינתנו לכל אחד מהשיקולים הרלבנטיים לעונש. זאת ועוד, גם סוג העונש אשר ייגזר על הנאשם תלוי במישרין בסוגי העונשים אשר ייקבעו במתחם. נמצא שמתחם העונש ההולם מכתוב הן את סוג העונש שייגזר על הנאשם והן את מידתו.

בהתאם לסעיף 40 לחוק, עקרון ההלימה מחייב לבחון לא רק את "מידת העונש", אלא גם את "סוג העונש". בחוק העונשין אין כל הגבלה על סוגי העונשים אשר יכולים להיקבע כחלק ממתחם העונש ההולם. לאור כך, המתחם יכול לכלול את כל סוגי העונשים כגון צו מבחן, צו שירות לתועלת הציבור, התחייבות להימנע מעבירה, קנס, מאסר על תנאי, מאסר בעבודות שירות ומאסר בפועל. המתחם עשוי להיות מורכב מרכיב ענישה אחד, למשל מאסר בפועל לפרק זמן שבין שנתיים לארבע שנים, או מרכיבי ענישה אחדים,⁴⁸ למשל בין חצי שנה של עבודות שירות לבין שנתיים מאסר בפועל, או למשל בין מאסר על תנאי למשך שנה וקנס בסך 5,000 ₪ לבין שישה חודשי מאסר בעבודות שירות וקנס בסך 1,000 ₪.

מתעוררות שאלות באשר לאמצעים הבאים לידי ביטוי בגזירת הדין אך אינם מוגדרים "עונש" ואם הם צריכים להוות חלק ממתחם העונש ההולם או מהעונש המתאים לנאשם במסגרתו:

⁴⁵ ע"פ 1323/13 חסן נ' מדינת ישראל, פדאור 13(51) 056, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ארבל (2013).

⁴⁶ ע"פ 7655/12 פייסל נ' מדינת ישראל, פדאור 13(29) 319, פס' 7 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (2013). פסק דין זה הוסיף והדגיש שיש להימנע ממצב "שבכל מקרה ומקרה יומצא הגלגל מחדש".

⁴⁷ פרשת דבס, לעיל ה"ש 36, בפס' 7 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

⁴⁸ ראו למשל: ת"פ (שלום כפ"ס) 10-07-34044 מדינת ישראל נ' שבי, פדאור 12(29) 588 (2012). בפרשה זו נקבע מתחם ענישה שבין מאסר על תנאי של שישה חודשים לבין שישה חודשי עבודות שירות בגין שתי עבירות של איומים על עובד ציבור; ת"פ (שלום רמלה) 11-02-50491 מע"מ רמלה נ' ביטון (פורסם בנבו, 4.6.2012). בפרשה זו נקבע שמתחם העונש ההולם בגין 21 עבירות של אי-הגשת דוח לפי חוק מע"מ נע בין מאסר על תנאי לבין עונש מאסר בפועל של 12 חודשים.

(1) **אי-הרשעה** – אי-הרשעה אינה עונש.⁴⁹ האפשרות להימנע מהרשעה אינה מנויה בפרק ו' לחוק העונשין, שכותרתו "דרכי ענישה" אלא בחוק סדר הדין הפלילי.⁵⁰ השיקול המרכזי המנחה את בית המשפט בהחלטה שלא להרשיע את הנאשם הוא יחס בלתי מידתי בין התועלת שבהרשעת הנאשם לבין הנזק שעתיד להיגרם לו כתוצאה מכך.⁵¹ שיקול זה אינו חלק ממערך השיקולים המנחה את השופט בקביעת מתחם העונש ההולם. לכאורה, השיקולים המשמשים ליצירת המתחם שונים מהשיקולים המשמשים להחלטה באשר לאי-הרשעה. אולם בית המשפט, בהחלטתו להימנע מהרשעה, צריך ליתן דעתו על העיקרון המנחה, ועל שאר העקרונות הקבועים בחוק. ככל שמעשה העבירה חמור יותר, וככל שמידת אשמו של הנאשם גדולה יותר, כך החשיבות של הטלת עונש ששייב לנאשם כגמולו לפי עקרון ההלימה גוברת גם היא. על כך יש להוסיף את העובדה שהכרעה של אי-הרשעה כובלת את בית המשפט לגזירת עונשים מסוימים בלבד, כגון שירות לתועלת הציבור, ומונעת ממנו להטיל עונשי מאסר או קנס. בכך ניתן לזהות קיומם של יחסי תלות בין ההכרעה בדבר אי-הרשעה להכרעה בדבר קביעת המתחם ההולם.⁵²

(2) **חילוט ופיצויים** – שני אמצעים אלה אינם בגדר עונש.⁵³ כאשר לחילוט נקבע שהוא "אינו עונש במשמעותו המובהקת של מושג זה ותכליתו אינה 'עונשית'".⁵⁴ כאשר לפיצוי לפי סעיף 77 לחוק העונשין, נקבע שתכליתו ומהותו אזרחיות ואין הוא בגדר "עונש".⁵⁵ חרף זאת, מתעוררת השאלה אם חילוט ופיצויים משפיעים בדרך כלשהי על קביעת מתחם העונש ההולם. לדעתנו, נראה כי בעקיפין יש בהם כדי להשפיע. הטעם לכך הוא שגובה הקנס (שהוא עונש שנשקל כחלק ממתחם העונש ההולם) תלוי לעתים בקיומו של

49 ראו את דבריו של השופט קרשן בת"פ (שלום כפ"ס) 51799-12-10 **מדינת ישראל נ' זגרון**, פדאור 13(26) 430, פס' 7 לפסק דינו (2013).

50 האפשרות מצוינת בס' 192א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

51 ע"פ 2083/96 **כתב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(3) 337 (1997).

52 ניתן להשקיף על יחסי תלות אלה גם מנקודת מבט שונה, לפיה המתחם, או הפעלת החריג לו, הוא זה שמאפשר לבית המשפט במקרים מסוימים לבחון אי-הרשעה. כך או כך, ההכרעה בדבר אי-הרשעה קשורה קשר הדוק להכרעה בדבר קביעת המתחם ההולם.

53 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 25. בס' 8א) להצעת הרוב לא נכללו סעיפים אלה כרכיבי ענישה.

54 ע"פ 7475/95 **מדינת ישראל נ' בן שטרית**, פ"ד נב(2) 385, 410 (1998).

55 רע"פ 2976/01 **אסף נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 418 (2002); וראו: רע"פ 9727/05 **גליקסמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד סב(2) 802, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ביניש (2007) (להלן: "פרשת גליקסמן"), אשר בו היא מציינת כי הקביעה שמדובר בהליך "אזרחי" אינה כה פשוטה, והתשובה לה אינה חדה וברורה. לשיטתה, מדובר בהוראת חוק מורכבת, שהיא בעלת היבטים עונשיים לצד מאפיינים אזרחיים.

פיצוי ובגובהו, וניתן להניח שמתקיימים ביניהם יחסי תלות הדדיים. דברים דומים ניתן לומר גם באשר לחילוט.

(3) **הפעלת מאסר על תנאי** – בפרשת **חמזה** נדונה שאלת השפעתו של עונש מאסר על תנאי, שעמד נגד הנאשם, על מתחם העונש ההולם.⁵⁶ לטענת הסנגור, טעה בית המשפט דלמטה בכך שלא הביא בחשבון את עונש המאסר על תנאי שהיה תלוי ועומד נגד המערער ועתיד להתווסף לעונש בגין העבירה הנוכחית. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה וקבע שקיומו של מאסר על תנאי אינו צריך להשפיע על עיצובו של המתחם: "מאסר על תנאי הוא נתון שהמערער או אחרים במצבו סוחב על שכמו, ואין לו קשר למתחם הענישה בתיק הספציפי שדובר בו". לשיטתנו לא יכול להיות חולק על כך כי אין מדובר בנסיבה שצריכה להשפיע על המתחם עצמו, אך ייתכן שיהיה בה כדי להשפיע על העונש המתאים בתוך גבולותיו של המתחם וזאת כיוון שמדובר למעשה בעבר פלילי עם מאסר על תנאי תלוי ועומד. עם זאת העובדה שיפועל תנאי המאסר, אינה נסיבה רלבנטית לעניין העונש המתאים לעבירה החדשה אותה ביצע הנאשם והיא צריכה לידון בשלב ההכרעה לגבי שאלת החפיפה או צבירת העונשים.

(ב) רוחב המתחם

להגדרת רוחבו של מתחם העונש ההולם – לרבות קביעת סוגי העונשים שבמתחם – נודעת השפעה מכרעת על סוגו של העונש הסופי ועל מידתו. חרף זאת, אין בחוק כל הנחיה באשר לרוחבו הרצוי של המתחם או הגבלה באשר להיקפו. ככל שמתחם העונש צר יותר, כך משקלו של עקרון ההלימה בנוגע לשיקולי הענישה בתוך המתחם גדל ולהפך. לשם המחשה נציג דוגמה: נניח שבעבירת התפרצות ממוצעת ייקבע מתחם עונש הולם שינוע בין שנת מאסר לשנתיים וחצי שנות מאסר. במצב כזה, המשקל שיהיה ניתן לתת לשיקולים מקלים, כגון הפגיעה של העונש בנאשם או במשפחתו, חזרתו למוטב של הנאשם וקבלת אחריות למעשיו, יהיה מוגבל ולא יאפשר לבית המשפט להטיל עונש פחות משנת מאסר. לעומת זאת, אם ייקבע מתחם עונשי הולם רחב יותר, נניח בין עונש של שישה חודשי מאסר שניתן לרצותם בעבודות שירות לבין שלוש שנות מאסר בפועל, יוכל בית המשפט ליתן משקל רב יותר לנסיבות המקלות (שאינן קשורות לביצוע העבירה), ולגזור על הנאשם עונש המתחשב יותר בנסיבותיו האישיות של הנאשם.

ההכרעה בעניין רוחב המתחם אינה פשוטה. מצד אחד קבע המחוקק את עקרון ההלימה כעיקרון המנחה בענישה. קביעת מתחם רחב מדי עשויה לרוקן עיקרון זה

⁵⁶ עפ"ג (מחוזי ת"א) 37323-12-12 מדינת ישראל נ' חמזה, פדאור 13(20) 32 (2013).

מכל תוכן ממשי. מצד אחר, הגדרה צרה מדי של המתחם עלולה לפגוע בעקרון האינדיבידואליזציה בענישה, המחייב התייחסות פרטנית לכל נאשם ונאשם. נמצא אפוא שרוחב המתחם צריך להיות צר באופן שיאפשר מתן ביטוי הולם וממשי לחומרת העבירה ולאשמו של הנאשם, ובו בזמן הוא צריך לאפשר התחשבות בנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה והתאמת העונש למידותיו האישיות ולנסיבותיו הפרטניות של הנאשם.

בית המשפט העליון עמד לאחרונה על רוחבו הרצוי של המתחם: "ברי כי מתחם רחב מדי, המסוגל להכיל שלל מעשים ונסיבות, כך שכל תוצאה עונשית 'תיתפס' בתוכו, איננו מתחם ראוי, שכן הוא ירוקן מתוכן את תכלית החוק"⁵⁷, ובפרשה אחרת: "המחוקק אמנם לא התייחס להיקפו הרצוי של מתחם הענישה, [...] ברי כי מתחם רחב מאוד לא ישרת את תכליתו של תיקון 113"⁵⁸.

(ג) השיקולים המשמשים לקביעת מתחם העונש ההולם

סעיף 40א(א) לחוק העונשין מונה שלושה רכיבים שבית המשפט נדרש להתחשב בהם בקביעת מתחם העונש ההולם: הערך החברתי שנפגע ומידת הפגיעה בו, מדיניות הענישה הנהוגה ונסיבות הקשורות לביצוע העבירה. משיקולים אלה ניתן לגזור שלושה רכיבי פעולה לשם קביעת המתחם. **רכיב ראשון** – קביעת החומרה המושגית של מעשה העבירה באמצעות בחינת הערך החברתי המוגן; **רכיב שני** – קביעת החומרה הקונקרטית של העבירה באמצעות בחינת הנסיבות הקשורות לביצועה; **רכיב שלישי** – שמירה על מידת מה של רצף עונשי על ידי התחשבות במצב שקדם לחקיקת תיקון מס' 113 באמצעות בחינת מדיניות הענישה הנהוגה.

כפי שנפסק לאחרונה, מתחם העונש ההולם הוא "אמת-מידה נורמטיבית" המשקללת מגוון שיקולים לצורך קביעת היקפו של המתחם וסוג העונשים אשר יכללו בו. מחד גיסא, מתחם העונש אינו מיועד להביא בחשבון נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה ובכללן נסיבות האישיות של הנאשם. מאידך גיסא, "אין בכך כדי לגרוע מהצביון האינדיבידואלי [של המתחם]", שכן הוא נקבע, בין השאר, בהתחשב בנסיבות הקונקרטיות של ביצוע העבירה ובהתייחס למידת אשמו של הנאשם המסוים באותו מקרה.⁵⁹

רכיב ראשון: קביעת החומרה המושגית של מעשה העבירה באמצעות בחינת הערך החברתי המוגן – בבחינת הערך החברתי המוגן ומידת הפגיעה בו באה לידי

⁵⁷ פרשת חסן, לעיל ה"ש 45.

⁵⁸ פרשת סער, לעיל ה"ש 1, פס' 24 לפסק דינו של השופט סולברג.

⁵⁹ פרשת גליקסמן, לעיל ה"ש 55, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ארבל.

ביטוי חומרתה המושגית של העבירה לפי הגדרתה.⁶⁰ לבחינת הערך החברתי המוגן חשיבות רבה בקביעת מתחם העונש ההולם. לא דומה נאשם שביצע עבירה שהערך המוגן שבבסיסה הוא הגנה על חיי אדם לנאשם שביצע עבירה שהערך המוגן שבבסיסה הוא הגנה על רכושו של אדם.⁶¹ חומרת העונש צריכה להימדד תחילה לפי חומרת העבירה המושגית, ולאחריה יובאו בחשבון גם הנסיבות הקונקרטיות ומידת אשמו של הנאשם בכל מקרה ומקרה. על משמעותו של הערך החברתי המוגן שביסוד העבירה עמד בית המשפט בפרשת פלוני:⁶²

"ערך מוגן הוא אינטרס חברתי, ערך שהחברה מבקשת להגן עליו באמצעות המשפט הפלילי, ואשר הפגיעה בו היא מהותה של העבירה. מכאן שהגרעין של כל עבירה הוא פגיעה בערך המוגן – הוא סיבת העבירה – ופשר קיומה. תכלית השמירה על הערכים המוגנים היא הבטחת התנאים הדרושים לקיומה ולהתפתחותה של החברה על ידי הגנה על האינדיווידואל, מהווה את גרעינה של החברה. כלל יסוד בידי העונשין הוא שההתנהגות המוגדרת כעבירה פלילית תהיה אסורה לא רק משום שהמחוקק מאיים בעונש על ביצועה, אלא משום שאינה מתיישבת עם תודעת הציבור וערכיו. למרות זאת דיני העונשין אינם מקיפים את כל כללי החברה והמחוקק רשאי להגדיר התנהגות מסוימת כעבירה פלילית רק אם ההתנהגות פוגעת או מסכנת ערך חברתי חשוב וחיוני לתפקודה התקין של החברה ולהתפתחותה".

על הערך החברתי המוגן שביסוד העבירה וחשיבותו לפי תפיסת החברה ניתן ללמוד מלשון העבירות, ממיקומן בחקיקה הפלילית ומהעונש שנקבע בצדן.⁶³ בבחינת הערך החברתי המוגן נדרש בית המשפט להביא בחשבון כמה שיקולים:

(1) הנזק שנגרם לערך המוגן או הסיכון לנזק, הכול לפי הגדרת העבירה: מבחן זה נועד להבחין בין רמות חומרה נבדלות של עבירות הבאות להגן על אותו אינטרס. יסוד הנזק מסביר, למשל, את ההבדל בחומרה בין עבירת תקיפה שבה יסוד הנזק הוא ערטילאי ואינו נמנה עם היסודות העובדתיים של העבירה, לבין גרימת חבלה שבה יסוד הנזק הוא ממשי ונמנה עם יסודות העבירה (כרכיב תוצאתי הנובע מההתנהגות).

60 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 15–16.

61 שם.

62 תפ"ח (מחוזי י"ם) 667/09 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-מח 17709 (1) 2012, פס' 97 לפסק דינו של השופט דרורי (2012).

63 שם, בפס' 98 לפסק דינו של השופט דרורי. לכך יש להוסיף כי לצד העונש המרבי הקבוע בעבירה, גם לעונש המינימום, אם קבוע לעבירה, ישנה חשיבות והשלכה על חומרת העבירה.

- (2) מיהות הקרבן: ההגנה על קרבנות מיוחדים, כגון קטינים או קשישים, מוסיפה לחומרת העבירה. הכוונה היא לאותם מקרים שבהם הקרבן המיוחד מוגדר כחלק מיסודות העבירה,⁶⁴ שאם לא כן המיהות המיוחדת תיחשב לנסיבה מחמירה.
- (3) היסוד הנפשי הנדרש בעבירה: מבחן זה, בדומה למבחן הנזק, נועד להבחין בין רמות חומרה נבדלות של עבירות הבאות להגן על אותו אינטרס, באמצעות בחינת היסוד הנפשי. עבירות הדורשות כוונה חמורות יותר מעבירות המסתפקות בפזיזות, ואלה חמורות יותר מעבירות המסתפקות ברשלנות. הבחנות דקות יותר בכל הנוגע למידת האשם אינן מופיעות בהגדרת העבירה, וייבחנו על בסיס הנסיבות הקונקרטיות.
- (4) המניע המצוין בהגדרת העבירה: למניע אשר הביא לביצוע ההתנהגות האסורה ישנה השפעה על חומרת העבירה. כך, לדוגמה, יש לראות בחומרה יתרה עבירה שנעשתה מתוך מניע של גזענות.⁶⁵

חשוב להדגיש שלעיתים יסודות עובדתיים הקבועים בעבירה, והמגדירים את חומרתה המושגית, יישמשו גם נסיבות הקשורות לביצוע העבירה שאינן נמנות עם יסודותיה ונבחנות בשלב בדיקת החומרה הקונקרטית. אמנם יסוד עובדתי שיובא בחשבון בשלב בחינת החומרה המושגית של העבירה לא ייבחן שוב בשלב בחינת הנסיבות הקונקרטיות. מסקנה אחרת תביא להחמרה לא מוצדקת עם הנאשם. אולם עשויים להיות מקרים שבהם תידרש בחינה כפולה. אלה הם מקרים שבהם הנסיבה הקונקרטית חמורה כל כך עד שיש לומר כי לא הובא מלוא חומרתה בחשבון במהלך הבחינה המושגית. לדוגמה, כאשר נאשם עומד לדין בגין עבירה של אינוס קטינה,⁶⁶ גיל הקרבן – קטינה שטרם מלאו לה ארבעה עשרה שנים – הוא חלק מן היסוד העובדתי של העבירה וישפיע על הערכת החומרה כבר בשלב המושגי. עם זאת, תהיה חשיבות לגיל המסוים גם בשלב הנסיבות הקונקרטיות. יש להניח שבבחינה המושגית של יסוד הקטינות שבעבירה השופט משווה לנגד עיניו נסיבות "רגילות" לביצועה כגון מקרים שבהם הקטינה היא בת שלוש עשרה או שתיים עשרה. כאשר גיל הקטינה נמוך במיוחד – למשל כאשר מדובר בקטינה בת שלוש – יש מקום להתחשב בנתון זה פעם נוספת בשלב בחינת הנסיבות הקונקרטיות.⁶⁷

רכיב שני: קביעת החומרה הקונקרטית של העבירה באמצעות הנסיבות הקשורות

⁶⁴ ראו למשל את העבירה של תקיפת קטין או חסר ישע לפי ס' 368 לחוק העונשין; או העבירה של התעללות בקטין או בחסר ישע לפי ס' 368 לחוק העונשין.

⁶⁵ ס' 144 לחוק העונשין.

⁶⁶ בהתאם לס' 345(א)(3) לחוק העונשין.

⁶⁷ קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דוח ועדת גולדברג", לעיל ה"ש 41, בעמ' 175–178.

לביצועה – סעיף 40ט לחוק העונשין, שכותרתו "נסיבות הקשורות בביצוע העבירה", קובע כדלקמן:

"בקביעת מתחם העונש ההולם למעשה העבירה שביצע הנאשם כאמור בסעיף 40ג(א), יתחשב בית המשפט בהתקיימותן של נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר שהן משפיעות על חומרת מעשה העבירה ועל אשמו של הנאשם".

בשלב הראשון בית המשפט בוחן את החומרה המושגית של מעשה העבירה. בשלב השני בית המשפט נדרש לבחון את חומרת העבירה הקונקרטית באמצעות שלל נסיבות שאינן נמנות עם יסודות העבירה ומפורטות בסעיף 40ט לחוק. אף שרשימת הנסיבות המנויה בסעיף היא רשימה פתוחה (כאמור בסעיף 40יב לחוק), יש לשים לב שעניינה הוא רק נסיבות הקשורות לביצוע מעשה העבירה. נסיבות שאינן קשורות לביצוע מעשה העבירה, ובראשן "נסיבות אישיות", לא ינחו את בית המשפט בקביעת מתחם העונש ההולם.⁶⁸

הואיל ומתחם העונש ההולם נגזר גם מהחומרה המסוימת של העבירה, ייתכנו מקרים שבהם יקבעו מתחמי ענישה נבדלים לעבירות זהות. כך יקרה כשחומרת המעשה הקונקרטי ואשמו של הנאשם ישתנו ממקרה למקרה. ייתכנו גם מצבים שבהם ייקבעו מתחמי עונש הולם נבדלים לנאשמים שביצעו בצוותא את אותה עבירה ממש. מנגד, ייקבעו מתחמים דומים במצבים שבהם לא תימצא שונות רלבנטית בחומרת מעשי העבירות, באשמם של הנאשמים ובנסיבות הקשורות לביצוע כל אחד מהמעשים.

זאת ועוד, וכעולה מן הסיפא של הסעיף, על בית המשפט להתחשב בנסיבות אלה ככל שהן משפיעות על חומרת מעשה העבירה ועל אשמו של הנאשם. אם אחת הנסיבות נבחנה בשלב בדיקת החומרה המושגית, הרי היא אינה משפיעה עוד על החומרה הקונקרטית, ואין להתחשב בה שנית.

לסיכום, ניתן לשקול בשלב זה כל נסיבה הקשורה לביצוע העבירה, גם אם אינה מנויה ברשימה שבסעיף 40ט לחוק העונשין, אם יש בה כדי להשפיע על חומרת המעשה ועל מידת האשם של הנאשם.

כאמור בסעיף 40ט(ב) לחוק העונשין, הנסיבות המנויות בסעיף 40ט(א) מתחלקות לשלוש קבוצות: הנסיבות המנויות בסעיף 40ט(א)(1) עד 40ט(א)(5) לחוק הן נסיבות שיכולות לשמש הן לקולה והן לחומרה; הנסיבות המנויות בסעיף 40ט(א)(6) עד 40ט(א)(9) לחוק יכולות לשמש לקולה בלבד; הנסיבות המנויות

⁶⁸ שם, בעמ' 157.

בסעיף 40ט(א)(10) ו-(11) לחוק יכולות לשמש לחומרה בלבד.

להלן פירוט הנסיבות אחת לאחת:

- (1) **"התכנון שקדם לביצוע העבירה"** – לא דומה אדם שפוגע בערך החברתי המוגן מתוך שיצרו גבר עליו, לאדם המתכנן את מעשיו בקפידה ובקור רוח. ככל שלמעשה העבירה קדם תכנון רב יותר, כך מידת אשמו של הנאשם גדולה יותר.
- (2) **"חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה ומידת ההשפעה של אחר על הנאשם"** – נסיבה זו מתחלקת לשני חלקים. החלק הראשון עוסק בחלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה. ככל שחלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה גדול יותר, כך גם אשמו גדול. ככל שחלקו של הנאשם בביצוע העבירה קטן יותר, כך מידת אשמו פחותה.⁶⁹ החלק השני עוסק במידת ההשפעה של אחר על הנאשם. למשל, נאשם שביצע את מעשה העבירה בעקבות מעשה שידול של אחר, או נאשם שיכולתו להבין את מעשיו הוגבלה במידה ניכרת, אך לא מספיק כדי להיחשב לכלי בידיו של אחר (לפי סעיף 29(ג) לחוק העונשין).⁷⁰
- (3) **"הנזק שצפוי היה להיגרם מביצוע העבירה"** – לדוגמה, רוצח שכיר על אופנוע, היורה בקרבן בעיבורה של עיר, באופן אשר היה בו כדי לסכן עוברי אורח תמימים. הנזק שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה במקרה זה הוא פגיעה בחפים מפשע. שאלה היא, האם כדי להתחשב באמת מידה זו של נזק שצפוי היה להיגרם מביצוע העבירה בקביעת המתחם, יש להוכיח צפיות סובייקטיבית (צפיות של הנזק על ידי הנאשם) או מספיק להוכיח צפיות אובייקטיבית לנזק (צפיות של הנזק על ידי אדם מן היישוב). שאלה זו לא התעוררה עדיין בפסיקה.
- (4) **"הנזק שנגרם מביצוע העבירה"** – הנזק שנגרם מביצוע העבירה יכול להיות

⁶⁹ ראו גם: הצעת החוק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 449. בדברי ההסבר לס' 140(ב)(6) להצעה, שנוסחו כדלקמן: "בביצוע העבירה השתתפו מבצעים אחדים, וחלקו של הנאשם בביצועה היה קטן מחלקם של האחרים", נכתב כך: "מוצע לקבוע כי חלקו של הנאשם בעבירה שיש בה משתתפים אחדים ישמש כנסיבה מקלה ככל שהוא קטן יותר וכנסיבה מחמירה ככל שחלקו גדול יותר".

⁷⁰ שם, בעמ' 449, בדברי ההסבר לס' 140(ב)(5) להצעה, שנוסחו כדלקמן: "הנאשם היה נתון לפיקוחו להשגחתו או למרותו של אחר שהיה גם הוא צד לעבירה, והוא ביצע את העבירה בשל יחסי התלות או המרות כאמור". יש לשים לב שבחוק הוסרה הדרישה כי "האחר" יהיה בעצמו צד לעבירה; ראו גם: ס' 140(ב)(7) להצעה, שנוסחו כדלקמן: "העבירה נעברה בנסיבות שבהן היה לסוכן מדיח חלק משמעותי בהתהוותה ובביצועה", ובדברי ההסבר: "שימוש בשוטרים סמויים הכרחי לעתים לגילוי עבריינים, למשל בעבירות סמים. עם זאת, העובדה שבמקרה הספציפי יש לשידולי השוטר הסמוי השפעה ניכרת על ביצוע העבירה הוכרה בפסיקה כנסיבה מקלה". ניתן לקרוא נסיבה זו גם לתוך הנסיבה שבס' 40(א)(9) לחוק, הקובע "התנהגות רשויות אכיפת החוק". נראה שסנגורים יעדיפו להשתמש בה דווקא דרך ס' 40 כדי להשפיע על גבולות מתחם העונש ההולם.

נזק שהוא תוצאת הפגיעה באינטרס המוגן והוא יכול להיות נזק ממשי אחר ונוסף הנגרם מביצוע העבירה. לכאורה, ניתן לטעון כי בחינת הנזק המושגי צריכה להיעשות בשלב בדיקת החומרה המושגית של העבירה ואילו נזק קונקרטי אחר הנגרם מביצוע העבירה יבחן בשלב זה (קביעת החומרה הקונקרטית של העבירה באמצעות הנסיבות הקשורות בביצועה). עם זאת, מכיוון ששני השלבים הללו שייכים לשלב קביעת המתחם ההולם על ידי בית המשפט, ניתן להניח שההבחנה ביניהן היא תיאורטית והשופט יכריע לגביהן בו-זמנית ובמשולב.

(5) **"הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה"** – בהצעת החוק יוחד סעיף זה לפירוט מניעים שליליים לביצוע עבירות כגון גזענות, עוינות או שנאה אידיאולוגית.⁷¹ לפיכך היה מדובר בנסיבה מחמירה. אולם הנוסח שנקבע בסופו של דבר בחוק הוא כללי ומאפשר להביא בחשבון גם סיבות ומניעים נוספים, שליליים או חיוביים. לפי הנוסח הכללי שהתקבל יש להתחשב גם בנסיבה מקלה כגון גניבה של לחם ממניע של רעב, אשר תפחית את מידת אשמו של הנאשם.

(6) **"יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה, את הפסול שבמעשהו או את משמעות מעשהו, לרבות בשל גילו"** – לעומת סייגים של "אי-שפיות" או "קטינות", המקנים פטור מאחריות פלילית,⁷² כמעט "אי-שפיות" או כמעט "קטינות" מהווים נסיבה המפחיתה את אשמו של הנאשם. נאשם שיכולתו להבין את המעשה או את הפסול שבמעשהו מוגבלת מסיבה נפשית או בשל גילו הצעיר, במצבים שבהם אינו נהנה מפטור מלא מאחריות פלילית בגינם, מידת האשם שלו פחותה ממידת אשמו של נאשם שבו לא התקיימו נסיבות כאלה.⁷³

(7) **"יכולתו של הנאשם להימנע מהמעשה ומידת השליטה שלו על מעשהו, לרבות עקב התגרות של נפגע העבירה"** – נסיבה זו עוסקת במקרים של קנטור ושל כמעט "העדר השליטה". גם היא, בדומה לקודמתה, מציבה תנאים מקלים יותר מאלה הקבועים בסייג עצמו.⁷⁴ כן הודגש שאבדן השליטה עשוי להיגרם עקב

⁷¹ שם, בהצעת החוק, בס' 140(ג) (15) נכתב: "העבירה נעברה מתוך מניע של גזענות או של עוינות כלפי ציבור כאמור בס' 144(א)".

⁷² ס' 34 ו-134 לחוק, בהתאמה.

⁷³ קובו, לעיל ה"ש 33, בעמ' 8. יודגש שחוסר יכולת להבין את המעשה או את הפסול שבמעשה יכול לנבוע מהפרעה נפשית חמורה כאמור בס' 300(א) לחוק, ובהתמלא שאר התנאים הקבועים בסעיף זה, היא מאפשרת שלא להטיל על הנאשם את העונש המנדטורי של "מאסר עולם" בעבירה של רצח. קביעה זו היא כאמור גם נסיבה מקלה לצורך קביעת המתחם ההולם של העונש המופחת בעבירת הרצח.

⁷⁴ סייג הקבוע בס' 134 לחוק.

התגרות מצד נפגע העבירה, ולא דווקא עקב בעיה פיזיולוגית שהביאה לאבדן שליטה של הנאשם בתנועות גופו.⁷⁵

(8) **"מצוקתו הנפשית של הנאשם עקב התעללות בו על ידי נפגע העבירה" –**

נסיבה זו נועדה לאפשר הקלה בענישה במקרים שבהם הנאשם פעל מתוך מצוקה נפשית בעקבות התעללות שחוזה מצד נפגע העבירה. דוגמה לכך ניתן למצוא בפרשת **בוחבוט**. במקרה מפורסם זה הורשעה כרמלה בוחבוט בהריגת בעלה לאחר שנים רבות של התעללות מצדו. טענת ההגנה העצמית נשללה ממנה משום שהמעשה שביצעה לא היה דרוש "באופן מיידי" להדיפת תקיפה.⁷⁶ נסיבה זו תאפשר התחשבות במצבים כאלה.⁷⁷ שאלה מעניינת היא מה הדין אם ביצע הנאשם את העבירה בשל התעללות באדם קרוב לו כגון בן ההורג את אביו משום שהאחרון התעלל באמו. החוק אמנם מציין התעללות בנאשם עצמו, אך ייתכן שגם מקרים מסוג זה יחסו בצלו על פי פרשנות רחבה של הסעיף.⁷⁸

(9) **"הקרבה לסייג לאחריות פלילית כאמור בסימן ב' לפרק ה'1" –** שלא כהצעת

החוק, אשר קבעה חריגה במידה מועטה משלושה סייגים בלבד – הגנה עצמית, צורך וכוח.⁷⁹ – החוק שהתקבל מכיר בקרבה לכל אחד מן הסייגים לאחריות הפלילית כנסיבה מקלה ובלי לציין את מידת הקרבה הנדרשת.⁸⁰ העדר הוראה בדבר מידת הקרבה לסייגים מעניק לשופט מידה רבה של שיקול דעת באשר למקרים שיצדיקו הקלה בעונש.

(10) **"האכזריות, האלימות וההתעללות של הנאשם בנפגע העבירה או ניצולו" –**

למשל, עבירת שוד שנעשית תוך שימוש באלימות יוצאת דופן או תוך ניצול חולשתו של קרבן העבירה מהווה נסיבה מחמירה לצורך קביעת מתחם העונש ההולם.

⁷⁵ כאמור לעיל בה"ש 74, נסיבות אלה מאפשרות שלא להטיל על הנאשם את העונש המנדטורי של "מאסר עולם" בעבירה של רצח, הן מכוח ס' 300א(א) והן מכוח דוקטרינת הקנטור הקבועה בס' 301 לחוק העונשין, והן מהוות גם נסיבה מקלה לצורך קביעת המתחם ההולם של העונש המופחת בעבירת הרצח (בעונש מופחת) ובעבירת ההריגה (בהתאמה).

⁷⁶ ע"פ 6353/94 **בוחבוט נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 647 (1995).

⁷⁷ יודגש שמצוקה נפשית שנגרמה בעקבות התעללות בנאשם על ידי נפגע העבירה כאמור בס' 300א(ג) לחוק, ובהתמלא שאר התנאים הקבועים בסעיף זה, מאפשרת שלא להטיל על הנאשם את העונש המנדטורי של "מאסר עולם" בעבירה של רצח. קביעה זו היא כאמור גם נסיבה מקלה לצורך קביעת המתחם ההולם של העונש המופחת בעבירת הרצח.

⁷⁸ קובו, לעיל ה"ש 33, בעמ' 8.

⁷⁹ הצעת החוק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 448. ראו התייחסות בדברי ההסבר לס' 140(ב) להצעת החוק.

⁸⁰ מעיון בפרוטוקולים של ועדת החוקה עולה שלא נערך דיון באשר להחלת הסעיף על סייגים נוספים מלבד אלה שנמנו בהצעת החוק המקורית. ראו לעיל ה"ש 9, פרוטוקול ישיבה מס' 442 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (2.8.2011).

(11) **"הניצול לרעה של כוחו או מעמדו של הנאשם או של יחסיו עם נפגע העבירה"** – למשל, ניצול יחסי מרות או קרבה משפחתית בין הנאשם לבין נפגע העבירה, כאשר אינם נמנים עם היסודות העובדתיים של העבירה, הוא נסיבה מחמירה בקביעת מתחם העונש ההולם.

רכיב שלישי: בחינת מדיניות הענישה הנהוגה – בהצעת החוק נקבע, כי יש להתחשב "במדיניות הענישה הנהוגה ובמדיניות הענישה הראויה". בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר שהשימוש במדיניות הענישה הנוהגת ייעשה "ככל שהמדיניות הנוהגת משקפת את עקרון ההלימות [...] ואילו כאשר יש פער בינה לבין המדיניות הראויה, תועדף המדיניות הראויה".⁸¹ אלא שבנוסח הסופי של החוק הושמט הביטוי "מדיניות הענישה הראויה". לדעתנו, השמטה זו אינה משנה דבר, שכן "מדיניות הענישה הראויה" משמעה ענישה בהתאם לעקרון ההלימה, שממילא מחויבת. לאור כך, אם מצא בית המשפט שגזר הדין שניתן לפני התיקון (מדיניות הענישה הנהוגה) מבטא את עקרון ההלימה, הלה ישתמש בו כדי לגזור את מתחם העונש ההולם. אם מצא בית המשפט שגזר הדין שניתן לפני התיקון מבטא עיקרון אחר, עליו להתעלם ממנו ולקבוע מתחם על פי המדיניות הראויה הנגזרת מעקרון ההלימה. נמצא אפוא שהמדיניות הנוהגת נועדה לשמש כלי עזר לקביעת המתחם רק כאשר היא ניתנה מתוך גישה גמולנית.⁸² כפי שהודגש בפרשת **חסן** "אין זהות בין מתחם העונש לבין טווח הענישה המקובל" שכן טווח הענישה המקובל מבטא את מדיניות הענישה הנהוגה, וכאמור זו התחשבה רק במקצת השיקולים המשפיעים על עיצובו של המתחם.⁸³

יתרה מזו, בבחינת מדיניות הענישה הנהוגה יש לתת את הדעת על כך שלעתים אין בפסיקה שנקבעה לפני תיקון מס' 113 פירוט על אודות משקלו של עקרון ההלימה. מן הפסיקה עולה שבית המשפט נהג לכרוך יחדיו שיקולים גמולניים ושיקולים תועלתניים, כגון שיקולי הרתעה, בלי לעמוד על ההבחנה הנדרשת בין השניים.⁸⁴ לעומת זאת, במצב החוקי היום מקומם של שיקולי ההרתעה הוא רק בתוך מתחם העונש ההולם ולא בשלבי יצירתו. כמו כן, בפסיקה עובר לתיקון החוק התחשב בית המשפט בשיקולים שכיום אין להביאם בחשבון לצורך קביעת המתחם, ובכללם נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה כגון עברו הפלילי של הנאשם. לפיכך לא ברור איזה משקל יש לתת למדיניות הענישה שנקטה בעבר.

⁸¹ הצעת החוק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 447. ראו התייחסות בדברי ההסבר לס' 40ג(א) להצעת החוק.

⁸² אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" **משפטים על אתר** 1 ו 1 (2013). גזל-אייל סבור כי "רמת הענישה הנוהגת אמורה רק לסייע לבירור רמת הענישה ההולמת, ואין לה ערך בפני עצמה".

⁸³ פרשת **חסן**, לעיל ה"ש 45, בפס' 11 לפסק דינה של השופטת ארבל.

⁸⁴ קנאי "הנחיות לקביעת גזר הדין בפסיקת בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 18, בעמ' 114.

קושי נוסף להסתמך על מדיניות הענישה הנוהגת קשור לכך שבפסיקה שקדמה לתיקון החוק לעתים קרובות אין הבחנה, לעניין העונש, בין העבירות שבהן הואשם הנאשם, וודאי שאין הבחנה כזאת בין האירועים העולים ממעשיו של הנאשם, הבחנה אשר כיום נדרשת בחוק במפורש. על כן קשה לחלץ מפסיקה ישנה, שכרכה לעניין העונש כמה עבירות וכמה אירועים, מדיניות ענישה שתהיה רלבנטית לקביעת מתחם העונש ההולם לאחר תיקון מס' 113.

כל הבעיות המפורטות לעיל בקשר ל"מדיניות הענישה הנהוגה" נוגעות לפרק זמן קצר לאחר כניסתו של תיקון מס' 113 לתוקף, שבו "מדיניות הענישה הנהוגה" נוגעת לפסיקה שניתנה רובה ככולה לפני כניסת התיקון לתוקף. ככל שיחלוף הזמן, ויצטברו גזרי דין שניתנו לפי הוראות תיקון מס' 113, יהיה אפשר לראות בגזרי דין אלה את "מדיניות הענישה הנהוגה" ולהתחשב בהם לקביעת מתחם העונש ההולם כאמור בסעיף 40ג(א) לחוק העונשין. ככל שתצטבר פסיקה מסוג זה, שבה ייקבעו מתחמים לפי הוראות החוק ועל אדני העקרונות הקבועים בו, תלך ותפחת חשיבותה של מדיניות הענישה שקדמה לתיקון, ואת מקומה יתפסו מתחמי הענישה שנקבעו במקרים דומים, ואלה ישמשו "מדיניות הענישה הנהוגה".

(ד) מתחם הכולל עונש קנס

סעיף 40ח לחוק העונשין, שכותרתו "קנס", קובע כדלקמן: "קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם כולל עונש קנס, יתחשב, נוסף על האמור בסעיף 40ג(א), במצבו הכלכלי של הנאשם, לצורך קביעת מתחם עונש הקנס ההולם".

אם קבע בית המשפט שמתחם העונש ההולם כולל עונש קנס, עליו לשקול, בין השאר, את מצבו הכלכלי של הנאשם. הערכת מצבו הכלכלי של הנאשם תיעשה בהתחשב בשווי נכסיו, בהכנסתו הממוצעת וכן בהשפעה שתהיה לתשלום הקנס על יכולתו של הנאשם לפצות את קרבן העבירה על הנזק שנגרם לו.⁸⁵ מצבו הכלכלי של הנאשם עשוי לפעול גם כשיקול לחומרה, למשל כשמדובר בנאשמים בעלי אמצעים ועתירי ממון או בתאגידים גדולים.

יובהר שמצבו הכלכלי של הנאשם אינו קריטריון יחיד בהחלטה בעניין מתחם הקנס ההולם. לפי לשון הסעיף, מלבד מצבו הכלכלי של הנאשם, על בית המשפט להביא בחשבון גם את שאר השיקולים המנויים בסעיף 40ג(א) לחוק העונשין, ובהם הערך החברתי המוגן שנפגע מביצוע העבירה ומידת הפגיעה בו והנסיבות הקשורות לביצוע העבירה. המשמעות היא שבנסיבות המתאימות, ייתכן שבית המשפט יטיל קנס כבד על מי שאינו בעל ממון, או קנס קל על בעל ממון, הכול כמתחייב מעקרון

⁸⁵ דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 19.

ההלימה.⁸⁶

לצורך קביעת מתחם הקנס ההולם יש להידרש לעונש הקנס המקסימלי הקבוע לעבירה בסעיפים 61 ו-63 לחוק העונשין או בהוראת חוק ספציפית הקובעת עונש אחר, ככל שיש כזאת, ועונש זה ישמש נקודת ייחוס למתחם אשר ייקבע במקרה הספציפי. בפרשת **מנע** התחשב בית המשפט המחוזי בהוראת סעיף 63 לחוק הקובעת שניתן להטיל על הנאשם עונש קנס פי ארבעה משוויה של טובת ההנאה שהושגה בעבירה, ולאחר שהתחשב גם במצבו הכלכלי של אותו נאשם, קבע שמתחם הקנס ההולם נע בין פי אחד וחצי לבין פי שלושה מטובת ההנאה שקיבל הנאשם.⁸⁷

ניתן לראות בסעיף 40 לחוק העונשין, המאפשר להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם בעת קביעת "מתחם הקנס ההולם", סטייה מהעיקרון שבבסיס תיקון מס' 113 אשר לפיו בעת קביעת המתחם ההולם יש ליתן משקל מכריע לעקרון ההלימה ולנסיבות ביצועה של העבירה ולא לנסיבותיו האישיות של הנאשם. לפי גישה אחרת יישום מהותי ומלא של עקרון ההלימה מחייב השפעה שוויונית של העונש על נאשמים (בגין אותה עבירה שנעברה בנסיבות דומות) ולכן יש להתחשב בגזירת העונש גם בהשפעתו על הנאשם הקונקרטי וכן בסבלו האיש של הנאשם מהעונש הנגזר עליו. לאור גישה זו, סעיף 40 אינו סוטה מעקרון ההלימה אלא מיישמו. לשון אחר, גישת המחוקק, שלפיה ביטוי הנכון של עקרון הגמול נגזר גם ממידת ההשפעה של העונש עליו, מאמצת לתוך החוק את ההשקפה שיכולתו הכלכלית של הנאשם משנה את השפעת עונש הקנס על הנאשם.

(ה) היחס בין עונשי מקסימום ומינימום למתחם העונש ההולם

מן הראוי לתת את הדעת גם על השפעתם של העונשים הקבועים בצד העבירות – עונשי מקסימום ועונשי מינימום – על מתחם העונש ההולם, אף שהם אינם נמנים עם השיקולים הקבועים בסעיף 40 האמור.

עונשי מקסימום: לצד כל עבירה בחוק העונשין נקוב העונש המרבי שבית המשפט רשאי להטיל על הנאשם. במצב שקדם לתיקון מס' 113, העונש המרבי היה המגבלה היחידה שהוטלה על שיקול דעתו של השופט. ברי שגם כיום אין בית המשפט רשאי לקבוע עונש העולה על העונש המרבי. השאלה היא כיצד, אם בכלל, העונש המרבי צריך להשפיע על שיקול דעתו של בית המשפט בקביעת מתחם העונש ההולם. כאן יש להבדיל בין עבירות חדשות, או כאלה שתוקנו בשנים האחרונות, לבין

⁸⁶ ת"פ (מחוזי מרכז) 50614-07-12 **מדינת ישראל נ' מנע**, פדאור 13(33) 34 (2013) (להלן: "פרשת **מנע**"). במקרה זה אימץ בית המשפט את מתחם הקנס ההולם שהוצע על ידי התביעה ואשר מתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם. ראו גם: עפ"ג 13-01-3544 **מדינת ישראל נ' קניבי**, פדאור 13(39) 393 (2013).

⁸⁷ שם, פרשת **מנע**.

עבירות ישנות מתקופת המנדט הבריטי (שריד לפקודת החוק הפלילי משנת 1936). ככל שהדבר נוגע לעבירות שנחקקו (או תוקנו) על ידי המחוקק הישראלי, העונש המרבי אמור לשקף את הנסיבות החמורות ביותר האפשריות לביצוע העבירה. מטבע הדברים נסיבות אלה אמורות להיות נדירות ביותר, ורובם המכריע של המעשים המהווים עבירות אינו עונה על נסיבות אלה.⁸⁸

מה באשר לעבירות שהן שריד מתקופת המנדט הבריטי? כידוע, החלק הספציפי של חוק העונשין הוא מיושן⁸⁹ וכולל עבירות רבות שלא תוקנו מאז חקיקתן על ידי הנציב העליון (או שתוקנו תיקון שולי בלבד). בעבירות אלה, העונשים המרביים לא בהכרח משקפים ענישה ראויה גם כאשר מדובר בנסיבות החמורות ביותר לביצועה של העבירה, ובדרך כלל לא תמצא בהן התאמה בין קביעת הרף העליון של המתחם ובין העונש המרבי הקבוע לעבירה. הטעם לכך הוא, שהחקיקה הפלילית מימי המנדט הבריטי התאפיינה בעונשי מקסימום מוגזמים.

עונשי מינימום: לצד חלק מן העבירות קבע המחוקק גם עונשי מינימום. אין בתיקון מס' 113 כל התייחסות לעונשי מינימום ומתעוררת השאלה מה היחס בין עונש מינימום לבין מתחם העונש ההולם? לשיטתנו, קיומו ומידתו של עונש מינימום מהווה מדד לחשיבותו של הערך הנפגע ולמידת הפגיעה בו בעבירה הנדונה, וככזה יש להביאו בחשבון בעת קביעת המתחם. עם זאת, עונשי המינימום אינם צריכים ואין בהם כדי לשקף בהכרח את הרף התחתון של מתחם העונש ההולם כפי שהיה צריך להיגזר מעקרון ההלימה.⁹⁰ בכמה פסקי דין בהם נדונה סוגיה זו קבע בית המשפט כי עונש המינימום אינו קובע את הרף התחתון של מתחם העונש אלא עוסק בתוצאה הסופית. רוצה לומר אין הוא מדד מחייב לעניין הרף התחתון של המתחם ויש להתייחס אליו כאל שיקול לקביעת חומרת העבירה וכשיקול נוסף, ביחד עם אחרים, לקביעת מתחם העונש ההולם.⁹¹

⁸⁸ דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7.

⁸⁹ גם כיום עבירות רבות בחלק הספציפי עדיין דומות מאוד לאלה שירשנו מהמנדט הבריטי; על כך ראו: סנג'רו, לעיל ה"ש 8, בעמ' 248; לדיון בהיסטוריה התחקיתית של חוק העונשין ראו: יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** כרך א, 3-19 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: "רבין ואקי דיני עונשין").

⁹⁰ לאפשרות חריגה מעונש המינימום ראו: ס' 35א(א) לחוק העונשין. לעתים אפשרות החריגה מעונש המינימום קבועה בסעיף ספציפי. ראו לדוגמה: ס' 355(א) לחוק העונשין.

⁹¹ תפ"ח (מחוזי חיפה) 11-06-31800 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פדאור 12(93) 283 (2012); תפ"ח (מחוזי חיפה) 12-05-11386 **מדינת ישראל נ' חאג' מוחמד**, פדאור 12(95) 505 (2012); תפ"ח (מחוזי חיפה) 12/5100 **מדינת ישראל נ' עבדאללה**, פדאור 13(56) 535 (2013); ת"פ (מחוזי י"ם) 13-02-51898 **מדינת ישראל נ' מאיה**, פדאור 13(29) 406 (2013); ת"פ (מחוזי י"ם) 12-10-20690 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פדאור 13(63) 434 (2013); ת"פ 11-08-8493 **מדינת ישראל נ' שני** (פורסם בנבו, 8.8.2013).

(י) קביעת מתחם עונש הולם (וגזירת הדין) במקרים של ריבוי עבירות

סעיף 40 לחוק העונשין, שכותרתו "ריבוי עבירות", יוצר הסדר חדש ומפורט בכל הנוגע לאופן גזירת הדין במקרה של ריבוי עבירות. דומה שמטרת הסעיף היא להנחות את בית המשפט להעניק משקל ראוי לכל אירוע עברייני בנפרד, יותר משהיה מקובל עד היום בפסיקה.⁹² עם זאת, החוק מאפשר גם גזירת עונש כולל לכל האירועים, ובכך הוא מאפשר, הלכה למעשה, לסטות מהוראות החוק ומהתכליות שביסודו.

ראוי לציין, כבר בשלב ראשוני זה של הדברים, כי ההסדר בנושא קביעת העונש ההולם וגזירת הדין במקרים של ריבוי עבירות, מהווה את הבעיה הקשה ביותר בתיקון מס' 113, בעיקר בשל החשש לפגיעה בעקרון ההלימה. לדעתנו, כפי שנראה להלן, הפתרון שנחקק אינו ברור דיו וקשה ליישום. לאור כך, גם ההצעות הפרשניות שיוצצו להלן אינן אופטימליות ויש לראות בהן אך תחילתו של דיון.

ההסדרים הקבועים בסעיף תלויים בסיווג מעשי העבירה לאחד משני מונחים משפטיים חדשים הקבועים בחוק: "אירוע אחד" ו"כמה אירועים". נעמוד תחילה על משמעותם של מונחים אלה, ולאחר מכן נבהיר את ההסדרים הנגזרים מהם.

"אירוע אחד" או "כמה אירועים"? – חרף חשיבותה של הוראה זו, אין בתיקון מס' 113 הגדרה למונח "אירוע" ואין בו קריטריונים להבחנה בין "אירוע אחד" לבין "כמה אירועים". יתרה מזו, לא מצאנו שימוש במונח "אירוע" בהוראות חוק אחרות, גם אלה שעוסקות בנושא דומה. סעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי, למשל, נוקט את המונחים "מעשה" ו"עבירה" ועוסק במצב של ריבוי עבירות שיש להן רכיב התנהגותי משותף – מצב שבו אדם מבצע מעשה אחד המצמיח כמה עבירות. החוק קובע שבמקרה כזה ניתן להעמיד אדם לדין ולהרשיעו בגין כל אחת מן העבירות בנפרד ואולם אין להענישו יותר מהעונש המרבי הקבוע לעבירה החמורה ביותר.⁹³ סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי נוקט אף הוא מונחים דומים, של "מעשה" ו"עבירה", והוא קובע שאין מעמידים אדם לדין על מעשה שזוכה ממנו או הורשע בו.⁹⁴

לא יכול להיות ספק שהמונח "אירוע" רחב יותר מהמונח "עבירה", ובוודאי גם מהמונח "מעשה" הקבועים בסעיף 186 ובסעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי.⁹⁵ לדעתנו,

⁹² מסקנה זו מתבקשת מן ההנחיה לקבוע מתחמי ענישה נפרדים ומביטול ס' 45(א) לחוק העונשין אשר קבע שאם בית המשפט לא נתן הוראה אחרת, עונשי מאסר שהוטלו בשל עבירות שונות יהיו חופפים (ס' 45(א) שבוטל קבע כדלקמן: "מי שנדון במשפט אחד לענשי מאסר בשל עבירות שונות, ולא הורה בית המשפט שישאם, כולם או מקצתם, בזה אחר זה, לא ישא אלא את עונש המאסר של התקופה הארוכה ביותר").

⁹³ לפירוט על אודות ס' 186 ומצבים נוספים של חפיפה בין מעשים ועבירות, ראו: רבין וואקי דיני עונשין, לעיל ה"ש 89, בעמ' 333–341.

⁹⁴ לפירוט ראו שם.

⁹⁵ לפי המובן הלשוני של כל אחד מהמונחים וגם מלשונו של ס' 40(א) לחוק העונשין, העוסק

לעניין פרשנותו של הביטוי "אירוע אחד" ראוי לאמץ את המבחנים שנקבעו בפסיקה לצורך ההבחנה בין עבירה רבת פריטים לבין מעשים המקימים עבירות נפרדות.⁹⁶ אמנם דוקטרינה זו, של עבירה רבת פריטים, עוסקת במצבים שבהם מדובר בפריטים מאותו סוג (כאשר כל אחד מהפריטים מקיים את כל התנאים הדרושים ויכול להיחשב לעבירה בפני עצמה), ואילו "אירוע" יכול לכלול עבירות מכמה סוגים, ואולם ההיגיון שבסיס כל אחת מההבחנות הוא אותו ההיגיון. לאור כך, "אירוע" משמעו מכלול עברייני המתבצע בכמה שלבים וזמנים על פי תכנית אחת כוללת ומלוכדת. מדובר במסכת של עבירות (דומות או שונות) אשר יש להן רקע מנטאלי אחיד המאחד אותן לאירוע אחד. יהיה אפשר לראות בריבוי עבירות אירוע עברייני אחד כאשר הן נעשו במתכונת של אירוע עברייני לכיד מבחינה נפשית ועובדתית.⁹⁷

מכאן שלצורך ההבחנה בין "אירוע אחד" לבין "אירועים נפרדים" ניתן להשתמש במבחן הצורני-עובדתי וכן במבחן האינטרס המוגן שנקבעו בהקשר של דוקטרינת "עבירות רבת הפריטים". **המבחן הצורני-עובדתי** בוחן אם מדובר בפעולה יחידה נמשכת, שאי אפשר לפצלה לתת-פעולות, או בשרשרת פעולות עוקבות, שכל אחת מהן היא חוליה נפרדת. לפי מבחן זה, המאפיין את האירוע האחד הוא מחשבה פלילית אחת ותכנון פלילי אחד המקיפים את הרצף כולו וסוגרים עליו. "אירוע אחד" מתאפיין בסדרת מעשים או עבירות שהם ביטוי לדחף עברייני אחד. מדובר במבחן של שכל ישר: מסכת של מעשים ועבירות תוגדר "אירוע אחד" בכל אותם מצבים שבהם ההסתכלות באירוע העברייני תביא את המתבונן למסקנה שפירסום יהיה מלאכותי, וכי לאמיתו של דבר מדובר במכלול אחד המבוסס על פריטים אחדים. לפי מבחן זה תישקל, בין השאר, סמיכות הזמן והמקום. לכן בדרך כלל רצף עברייני בזמן ובמקום ייחשב לאירוע אחד. עם זאת מבחן הסמיכות אינו חף מקשיים. עיקר הביקורת על מבחן זה היא שהוא טכני, ולפעמים חסר הצדקה מבחינה נורמטיבית. נמחיש זאת בדוגמה: נניח ששמעון נאשם בביצוע שוד בנק. במהלך המנוסה תקף שוטר שניסה לעצרו. שמעון עומד לדין בגין עבירת שוד ותקיפת שוטר. לפי מבחן הסמיכות ייחשבו עבירות אלה ל"אירוע אחד". לעומת זאת, נניח שראובן נאשם בביצוע שוד בנק, וימים מספר לאחר מכן תקף שוטר שעלה על עקבותיו והגיע למקום מחבואו. האם

ב"מספר עבירות המהוות אירוע אחד".

⁹⁶ להרחבה ראו: רבין וואקי דיני עונשין, לעיל ה"ש 89, בעמ' 315-330.

⁹⁷ נראה שכך גם סבר בית המשפט המחוזי בתפ"ח (מחוזי ת"א) 49290-05-12 **מדינת ישראל נ' ג'אבר**, פדאור 12(115) 059 (2013). שם נכתב: "זיהוי והפרדה בין 'אירועים' לצורך קביעת מתחם ענישה צריך להיות מוכרע בהתאם למספר קריטריונים: רציפות המעשים, משך הזמן שנמשכו יחדיו וכל אחד בפני עצמו, הזיקה העניינית ומידת הדמיון שביניהם – כל זאת בהתאם לאופי העבירות והערך המוגן שנפגע". לאור זאת קבע בית המשפט שכמה מקרים של מעשי אונס, מעשי סדום ומעשים מגונים שנעשו כלפי שני קרבנות ברצף אחד, ובכללם עבירות גניבה שבוצעה כלפיהם במסגרת אותה מסכת, ייחשבו לאירוע אחד.

מידת אשמו של ראובן גדולה ממידת אשמו של שמעון רק בשל הבדלי הסמיכות בזמן ובמקום? נראה שהתשובה על שאלה זו היא שלילית.

מבחן נוסף המועיל להבחנה בין אירוע אחד לכמה אירועים הוא **מבחן האינטרס החברתי המוגן**. מבחן זה בודק את הנזק שהסבה התנהגותו של המבצע, והוא מתמקד בנפגעי העבירה ובמהות האינטרסים המוגנים שנפגעו. מבחן זה מתחשב בחומרת האשם הפלילי של הנאשם ובאופי הפגיעה בנפגע העבירה ובחומרתה. על פי מבחן זה, ריבוי נפגעים עשוי להשפיע על הסיווג הראוי. כך, יהיה אפשר לקבץ רצף של עבירות נפרדות לכדי אירוע אחד כאשר מדובר בפגיעה קלה באינטרס מוגן או כשמדובר בקרבן אחד, ואילו כאשר האינטרס החברתי המוגן הוא אינטרס רב עוצמה, וקיימים מספר קרבנות, תופרד כל עבירה ותיחשב לאירוע בפני עצמו.⁹⁸ סעיף 40ג(א) לחוק העונשין, הנוגע לענישה בכמה עבירות המהוות אירוע אחד, קובע כדלקמן:

"הרשיע בית המשפט נאשם במספר עבירות המהוות אירוע אחד, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40ג(א) לאירוע כולו ויגזור עונש כולל לכל העבירות באותו אירוע".

במקרה של "אירוע" אחד, בית המשפט נדרש לקבוע מתחם עונש הולם ולגזור מתוכו עונש כולל לכל העבירות שבאותו אירוע. המונח "עונש כולל" מורה לנו ש"הצטברות" עונשים או "חפיפת עונשים" אינם רלבנטיים לענישה באירוע אחד. זאת הסיבה לכך שההוראה לעניין הצטברות עונשים קבועה רק בסעיף 40ג(ב) לחוק העונשין, הדין בריבוי אירועים. עם זאת, הרף העליון של מתחם העונש ההולם עשוי להיות חמור יותר מהעונש המקסימלי לעבירה יחידה (מתוך סך העבירות שבהן הורשע באותו אירוע) או שהוא עשוי לנבוע מצירוף של עונשי מקסימום של שתיים או יותר מהעבירות שבהן הורשע (המהוות אירוע אחד). בתוך מתחם העונש ההולם יקבע בית המשפט את העונש המתאים לפי הוראות סעיף 40ג(ג), שבו נדון בהמשך. סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין נוגע לענישה בגין כמה עבירות המהוות כמה אירועים. סעיף זה קובע כדלקמן:

"הרשיע בית המשפט נאשם במספר עבירות המהוות כמה אירועים, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40ג(א) לכל אירוע בנפרד, ולאחר מכן רשאי הוא לגזור עונש נפרד לכל אירוע או עונש כולל לכל האירועים, גזר הבית המשפט עונש נפרד לכל אירוע, יקבע את מידת החפיפה בין העונשים או הצטברותם".

⁹⁸ ראו גם: רות קנאי "ריבוי עבירות ועונשים באירוע פלילי אחד" **מחקרי משפט** ג 247 (1984).

סעיף זה, הדין במקרה של כמה אירועים, קובע מנגנון תלת-שלבי לגזירת הדין: בשלב הראשון יש לקבוע מתחם עונש הולם לכל אירוע בנפרד. הוראה זו מדגישה את חשיבותו של עקרון ההלימה ואת הצורך ליתן משקל לכל אחד מן האירועים בפני עצמו; בשלב השני יש לגזור עונש נפרד או כולל לכל האירועים. כלומר לאחר קביעת המתחם בית המשפט נדרש להחליט אם לגזור עונש כולל בגין האירועים כולם או לגזור עונש נפרד לכל אירוע; בשלב השלישי, אם גזר בית המשפט עונש נפרד לכל אירוע, עליו לקבוע את מידת החפיפה או ההצטברות בין העונשים.⁹⁹ סעיף 40(ג) לחוק העונשין קובע הנחיות מיוחדות לגזירת הדין במקרה של ריבוי עבירות. סעיף זה קובע כדלקמן:

"בגזירת העונש לפי סעיף זה, יתחשב בית המשפט בין השאר, במספר העבירות, בתדירותן ובזיקה ביניהן, וישמור על יחס הולם בין חומרת מכלול המעשים ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש, ואם גזר עונש מאסר – לבין תקופת המאסר שעל הנאשם לשאת".

כעולה מלשון הסעיף, הכללים רלבנטיים לגזירת העונש. עם זאת, לתדירות העבירות ולזיקה ביניהן עשויה להיות השפעה גם על סיווג העבירות לקטגוריה של "אירוע אחד" או "כמה אירועים", כפי שהראינו לעיל. הסעיף נוקט לשון דומה ללשון סעיף 40ב לחוק העונשין הקובע את עקרון ההלימה, אך יש לשים לב שעניינו של סעיף 40(ג) אינו יצירת המתחם אלא גזירת העונש בתוכו. יש לשים לב, כי הסעיף דורש לשמור על היחס ההולם בין חומרת מכלול המעשים ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש, וזאת דווקא בשל החשש מפגיעה בהלימה במצבים של ריבוי עבירות.

2. שלב שני: חריגה ממתחם העונש ההולם

לאחר שנקבע מתחם העונש ההולם, יש לבחון אם יש מקום לסטות ממנו. סטייה לקולה מהמתחם אפשרית רק משיקולי שיקום. סטייה לחומרה מהמתחם אפשרית רק משיקולי הגנה על שלום הציבור. ברם, החריגה מן המתחם בשל שיקולים אלה אינה מסורה לשיקול דעתו המוחלט של השופט. החוק מגדיר את התנאים שבמסגרתם ניתן להביא שיקולים אלה בחשבון. להלן נעמוד על התנאים הללו ועל ההיגיון שבבסיסם.

⁹⁹ לעומת המצב שקדם לחוק, שקבע ברירת מחדל של חפיפה. ראו רבין ואקי דיני עונשין, לעיל ה"ש 93 לתרשים זרימה מאיר עיניים על אודות שלבי גזירת הדין במצב של כמה אירועים, ראו: פרשת סער, לעיל ה"ש 1, פס' 29 לפסק דינו של השופט סולברג.

(א) חריגה לקולה משיקולי שיקום

מודל ענישה שיקומי, לעומת מודל גמולני, צופה פני עתיד. המטרה אינה להשיב לנאשם כגמולו על המעשים הרעים שביצע אלא להביא לשילובו מחדש בחברה כאזרח שומר חוק המכיר בערכי החברה ובמוסכמותיה ואינו מסכן אותם עוד.¹⁰⁰ המדובר במטרה תועלתנית של תיקון ושיקום העבריין. לפי מטרה זו, תכליתו של המשפט הפלילי היא לגרום לשינוי באישיותו של מבצע העבירה ולהופכו לאזרח מתפקד ומועיל. בהתאם לכך, מטרה חשובה של הענישה הפלילית היא לקדם את שילובו של העבריין בחברה כאזרח שומר חוק. המודל השיקומי מחייב מעצם טיבו הענקת שיקול דעת רחב לשופט כדי שיוכל לבחור באמצעי הטוב ביותר להחזרתו של הנאשם למוטב.¹⁰¹ בשל כך החוק קובע מרחב של גמישות לבית המשפט, בעיקר בכל הקשור למידת החריגה המותרת ממתחם העונש ההולם. הוראה זו מאפשרת לבית המשפט, במקרים המתאימים, להעדיף את עקרון השיקום על פני עקרון ההלימה. רוצה לומר שבמקרים אלה ניתן להחליף את עקרון ההלימה בעקרון השיקום.¹⁰²

¹⁰⁰ מעניין לציין שבמחצית הראשונה של המאה העשרים הייתה לשיקולי השיקום חשיבות ציבורית רבה בשיטות משפט רבות וגם בארץ, אולם מסוף שנות השבעים ואילך ירדה קרנו של עקרון השיקום וכיום ננקטת כלפיו גישה זהירה וחשדנית. ראו: קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקת בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 17 בעמ' 107. עוד על הביקורת שנמתחה על שיקולי השיקום ראו אצל: FRANCIS A. ALLEN, THE DECLINE OF THE REHABILITATIVE IDEAL, PENAL POLICY AND SOCIAL PURPOSE (YALE UNIVERSITY PRESS, NEW HAVEN, PP. XII) (1981) 132.

¹⁰¹ "תפקידו של השופט בקביעת העונש במודל ענישה שיקומי שונה באופיו מתפקידיו הרגילים של השופט. על השופט להכריע בשאלה מסובכת הדורשת ידע ומומחיות. הוא נדרש להיעזר בתאוריות ובהשערות על גורמי העבריינות ועל הדרך הטובה לשיקום. לכן קשה לו להיעזר באנלוגיה, ועליו לנקוט עמדה ולהעריך מהו הפתרון האופטימלי לבעייתו של העבריין שלפניו. לכן גם שיקול הדעת שעליו להפעיל כדי להגיע להחלטה הראויה אינו שיקול דעת שיפוטי רגיל [...] לכן גם אם לאחר מחקר מתאים יהיה ניתן לבנות מודל שיקומי, שבו יודרך שיקול הדעת של השופט, גם אז תהיה לשופט מידה רבה של חופש ביישום ההנחיות, ונקודת האיזון בין שיקול דעת לכללים תטה לטובת שיקול הדעת". קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש", לעיל ה"ש 28, בעמ' 58–64.

¹⁰² פסק דינו של השופט ג'ובראן בע"פ 7781/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פדאור 13(56) 765, פס' 49 לפסק דינו של השופט (2013) (להלן: "פרשת פלוני"). שם נדון מקרה שתיקון מס' 113 לא חל עליו (כיוון שהכרעת הדין ניתנה עובר לכניסת התיקון לתוקף), של נאשם בן 18 ושלושה חודשים בעת ביצוע העבירה. בקבלו את הערעור הקל השופט ג'ובראן בעונשו של הנאשם ועמד בהרחבה על עליונותו של עקרון השיקום על פני עקרון הגמול וההרתעה בענישתם של נאשמים "בגירים צעירים" בשל קרבתם לגיל הקטינות. בסקרו את הוראות החוק הנוגעות לענישת קטינים ול"בגירים צעירים" ציין השופט ג'ובראן כי: "בכל הנוגע למדיניות הענישה, יצר המחוקק מבנה מדורג, שבו ככל שגילו של נאשם צעיר יותר, כך יהווה הדבר שיקול משמעותי יותר להעדרת שיקולי השיקום על פני שיקולי ההרתעה והגמול". עם זאת, ראו את הסתייגותו

סעיף 40 לחוק העונשין, המעגן את עקרון השיקום, מתחלק לשני סעיפי משנה. סעיף 40(א) עוסק במצב של חריגה מן המתחם במקרים של עבירות שחומרתן "רגילה". סעיף זה קובע כדלקמן:

"קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם, רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם ולקבוע את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקמו, וכן להורות על נקיטת אמצעי שיקומי כלפי הנאשם, לרבות העמדתו למבחן לפי סעיפים 82 או 86 או לפי פקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969".

סעיף זה כולל שני תנאים חלופיים לחריגה ממתחם העונש ההולם. התנאי הראשון הוא שהנאשם "השתקם", כלומר בעת המשפט כבר עבר בהצלחה הליך של שיקום. התנאי השני הוא ש"יש סיכוי של ממש שישתקם". לגבי התנאי השני, נדרש שלגבי השיקום תתקיים אפשרות אמיתית המעוגנת במציאות. סיכויים בעלמא בלבד להשתקם – לא סגי. עם זאת, לא נדרש סיכוי קרוב לוודאי.¹⁰³ לפי סעיף זה, בית המשפט רשאי להורות על אמצעים שיקומיים שיינקטו כלפי הנאשם. למשל, הוא רשאי להורות על שליחת הנאשם למוסד גמילה או על העמדתו למבחן. הוראה זו אינה מגבילה את מידת החריגה מעקרון ההלימה. היא מותירה בידי בית המשפט שיקול דעת מלא לאמץ את שיקול השיקום כשיקול ענישה מרכזי, והיא מאפשרת לו להחליט על המשקל היחסי שיש לתת לו לעומת העיקרון המנחה, לרבות האפשרות של חריגה מוחלטת ממתחם העונש ההולם.¹⁰⁴

סעיף המשנה השני, סעיף 40(ב) לחוק העונשין, עוסק בחריגה מן המתחם בעבירות שנודעת להן "חומרה יתרה". סעיף זה קובע כדלקמן:

"היו מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם בעלי חומרה יתרה, לא יחרוג בית המשפט ממתחם העונש ההולם, כאמור בסעיף קטן (א), אף אם הנאשם השתקם או אם יש סיכוי של ממש שישתקם, אלא

של השופט עמית, אשר עמד על כך שגילו הצעיר של הנאשם היה מאז ומתמיד אחד משיקולי הענישה, ואולם לשיטתו אין מקום לסווג "בגירים צעירים" ל"קטיגוריה" חדשה ונפרדת. כן ראו דבריו של השופט רובינשטיין בפרשת **סעד**, לעיל ה"ש 1, פס' יט לפסק דינו: "אין רוח התיקון [מס' 113], החל על כלל הענישה, דוחקת כל עיקר את רגלי השיקום, ואדרבה, במקרים המתאימים לכך כל המשקם הרי זה משובח".

¹⁰³ ראו לעיל ה"ש 9, פרוטוקול ישיבה מס' 221 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (15.6.2010). יודגש שהדרישה ל"סיכוי של ממש" נדרשת גם לעניין שיקולי ההרתעה הקבועים בסעיפים 140 ו-140 לחוק העונשין.

¹⁰⁴ לרנאו ושרון, לעיל ה"ש 16, בעמ' 18.

בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן, לאחר שבית המשפט שוכנע שהן גוברות על הצורך לקבוע את העונש במתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה, ופירט זאת בגזר הדין".

ההסדר הקבוע בסעיף מותנה בהתקיימותם של שני תנאים מצטברים: התנאי הראשון הוא שמעשה העבירה יהיה בעל חומרה יתרה. התנאי השני הוא שגם אשמו של הנאשם יהיה בעל חומרה יתרה. חומרתו היתרה של מעשה העבירה ושל אשמו של הנאשם מתייחסת הן לחומרה המושגית של העבירה (רצח חמור יותר מגניבה), והן לנסיבות הקונקרטיות של ביצועה – ביחד. הואיל ומדובר בתנאים מצטברים, קשה לחזות מראש את המקרים שייכנסו לגדר סעיף זה. עם זאת, נראה שעבירות חמורות מטבען הן, למשל, עבירות רצח, אינוס, סחר בבני אדם, סחר רחב היקף בנשק או סחר רחב היקף בסמים מסוכנים. עבירות מסוג זה, גם כשאין מתלוות אליהן נסיבות קונקרטיות מחמירות, מקימות חזקה בדבר חומרת אשמו של הנאשם. עם זאת, ישנם מקרים שבהם החזקה ניתנת לסתירה. גם עבירות רגילות – לא חמורות מעצם טבען – יכולות להיחשב לבעלות חומרה יתרה בשל נסיבות ביצוען. כך, למשל, כשלמעשי העבירה מתלוות מידת אלימות או אכזריות יוצאת דופן. מידת האלימות או האכזריות משפיעה הן על חומרת מעשה העבירה והן על מידת אשמו של הנאשם.

בהתקיים שני התנאים שצוינו לעיל, ברירת המחדל היא שלא לאפשר חריגה ממתחם העונש ההולם אף אם הנאשם השתקם או שיש סיכוי של ממש שישתקם כאמור בתנאים הקבועים בסעיף קטן (א). אם למעשה העבירה ולמידת אשמו של הנאשם נודעת חומרה יתרה, האינטרס הציבורי לגמול לנאשם על מעשיו גובר על הצורך לשקמו. ובכל זאת, גם במצב זה החוק אינו סוגר לחלוטין את הדלת בפני שיקום הנאשם, אך מתנה אותו בשלושה תנאים מצטברים: (1) נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן הקשורות לעבירה או לעבריין;¹⁰⁵ (2) בית המשפט שוכנע שהנסיבות המיוחדות ויוצאות הדופן גוברות על הצורך לקבוע את העונש במתחם העונש ההולם. בכך באה לידי ביטוי עליונותו של מתחם העונש ההולם במקרים מסוג זה, ונטל השכנוע הוא על המבקש לסטות ממנו; (3) על בית המשפט לפרט בגזר הדין את הנסיבות המיוחדות ויוצאות הדופן שבגינן הורה על שיקום הנאשם, ולציין מדוע הוא משוכנע שיש בהן כדי לגבור על הצורך לקבוע את עונשו על פי עקרון ההלימה.

בסעיף קטן זה, בדומה לאמור בסעיף קטן (א), אין הגבלה של מידת החריגה ממתחם העונש ההולם, ובית המשפט רשאי לגזור את הדין משיקולי שיקום בלבד. הטעמים לכך הם הצורך לאפשר לשופט שיקול דעת רחב לקבוע את האמצעי הטוב ביותר לשיקומו של הנאשם והתפיסה שעונש מאסר ושיקום אינם מתיישבים זה עם

¹⁰⁵ ראו לעיל ה"ש 9, פרוטוקול ישיבה מס' 221 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (15.6.2010); פרוטוקול ישיבה מס' 219 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (29.6.2010).

(ב) חריגה לחומרה משיקולי הגנה על שלום הציבור

סעיף 40 לחוק העונשין, הנושא את הכותרת "הגנה על שלום הציבור", קובע כדלקמן:

"קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי יש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות, וכי החמרה בעונשו והרחקתו מהציבור נדרשות כדי להגן על שלום הציבור, רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם, ובלבד שלא יהיה בעונש משום החמרה ניכרת מעבר למתחם העונש ההולם; בית המשפט לא יקבע כאמור אלא אם כן מצא שלנאשם עבר פלילי משמעותי או אם הוצגה לו חוות דעת מקצועית".

סעיף זה מעגן בחוק את עקרון ההגנה על שלום הציבור, המוכר יותר בשם עקרון ה"מניעה".¹⁰⁷ עיקרון זה מבקש להפסיק את התנהגותו הבלתי חוקית של העבריין על ידי הרחקתו מהחברה והגבלת יכולתו הפיזית לבצע עבירות נוספות. הואיל ובמרכז המודל המניעתי עומדים שיקולים של טובת החברה והגנה על שלום הציבור, הרי שמטרה זו שייכת לבית המדרש של הגישה התועלתנית. על פי רוב, ה"מניעה" מושגת באמצעות עונש מאסר בפועל שמונע מהעבריין לבצע עבירות כל עוד הוא נתון במאסר. עקרון המניעה מעורר כמה קשיים, הן ברמה המוסרית והן ברמה המעשית. הקושי המוסרי מקורו בכך שעקרון המניעה שולל את חירותו של אדם לא בשל העבירה שכבר ביצע, אלא בשל עבירה שהוא עלול לבצע בעתיד. ברמה המעשית, שיקול ההגנה על שלום הציבור רלבנטי רק כאשר יש חשש ממשי שאותו עבריין אכן ישוב לבצע עבירות, אלא שיש לזכור ברקע הדברים את הקושי הברור לנסות לנבא את העתיד, ומחקרים רבים מצביעים על שיעור גבוה של ניבוי יתר.¹⁰⁸ קושי זה מצדיק את התנאים הנוקשים הקבועים בסעיף לסטייה ממתחם העונש ההולם.

כדי לחרוג ממתחם העונש ההולם מטעמים של הגנה על שלום הציבור יש לוודא שהתמלאו שני תנאים מצטברים שהסעיף דורש.

התנאי הראשון הוא שיהיה חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות. ודוק, לא

106 שם, פרוטוקול מיום 29.6.2010.

107 קנאי "הנחיות לקביעת גזר־הדין בפסיקת בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 18, בעמ' 102.

108 להרחבה ראו: יעל חסין "ניבוי קליני לעומת ניבוי סטטיסטי" **עבריינות וסטייה חברתית** יב 51 (1984).

די בחשש בעלמא ויש להוכיח חשש ממשי. את החשש הממשי יש לבחון, בין השאר, על פי טיב העבירה ונסיבות ביצועה, אולם – שלא כאמור בהצעת החוק – בנסיבות הביצוע כשלעצמן אין כדי לקבוע חשש ממשי. ההערכה צריכה להיעשות על סמך מסוכנותו הסובייקטיבית של הנאשם. החוק נוקט לשון "עבירות" ("יחזור ויבצע עבירות"). עולה השאלה אם מדובר באותו סוג של עבירות שבגינן הנאשם עומד לדין. הצעת החוק הגדירה עבריו "מועד" כך: מי שביצע בעבר עבירה מסוג העבירה שבשלה מוטל העונש.¹⁰⁹ החוק שהתקבל נמנע מהגדרה זו. על כן נראה שהתשובה על כך שלילית. גם מדיוני ועדת החוקה עולה שאין נדרשים דמיון או זהות בין העבירות, שכן החשש הנדרש הוא מפני העושה ולא מפני המעשה.¹¹⁰

התנאי השני הוא שהרחקתו של הנאשם נדרשת כדי להגן על שלום הציבור. גם אם מצא בית המשפט שיש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות נוספות, עליו ליתן דעתו על השאלה אם הרחקתו נדרשת כדי להגן על שלום הציבור. לעומת התנאי הראשון, המתמקד בבחינה סובייקטיבית-מנטאלית של אישיות העבריו ומבקש לבחון אם הוא נמנה עם קבוצת העבריינים המועדים, התנאי השני מתמקד דווקא בבחינה אובייקטיבית של סוגי העבירות שבגינן יש להרחיק את הנאשם כדי להגן על שלום הציבור. ככל שחומרת העבירה פחותה – ברמה המושגית והקונקרטית – כך על בית המשפט להסתפק בקביעת עונש בתוך גבולות המתחם, גם במחיר ביצוען של עבירות נוספות בעתיד. ההבחנה בין שני התנאים לא תמיד ברורה, ופעמים רבות העבירה עצמה מלמדת הן על החשש מפני ביצוען של עבירות נוספות והן על הצורך להרחיק את הנאשם מן החברה. למשל, מדברי ההסבר להצעת החוק עולה שהמחוקק התכוון בעיקר לעבירות מין או אלימות בתוך המשפחה.¹¹¹ מקובל להניח שבעבירות אלה, הנמנות עם הגרעין הקשה של החוק הפלילי, החשש שהנאשם יחזור לסורו רב יותר.¹¹²

החוק אינו מסתפק במבחן נורמטיבי-מופשט מסוג "חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות" אלא מגדיר את האמצעים הראייתיים להוכחת מסוכנותו של הנאשם: האמצעי הראייתי הראשון הוא קיומו של עבר פלילי משמעותי. קשה לקבוע מהו "עבר פלילי משמעותי". נראה, שאין מדובר רק במבחן כמותי הבוחן את מספר

¹⁰⁹ הצעת החוק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 447–448, בדברי ההסבר לס' 40(ב). זאת ועוד, נאשם הוגדר "עבריו מועד" אם ביצע את העבירה שבשלה מוטל העונש לאחר שנשא בעבר עונש מאסר בפועל או במהלך נשיאת עונש כאמור (שם).

¹¹⁰ ראו לעיל ה"ש 9, פרוטוקול ישיבה מס' 274 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (22.11.2010); ופרוטוקול ישיבה מס' 297 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (20.12.2010).

¹¹¹ שם, פרוטוקול מיום 20.12.2010, בעמ' 26.

¹¹² דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 11; קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דו"ח ועדת גולדברג", לעיל ה"ש 41, בעמ' 160.

העבירות הקודמות. יש לשים לב גם לסוג ההרשעות, לתדירותן, לעונש שנגזר בגין כל אחת ואחת מהן, לשאלת ביצוען של עבירות בעת שמאסר על תנאי היה תלוי ועומד וכדומה. ודוק, חשוב לעמוד לא רק על חומרת העבירות הקודמות אלא גם על העונשים שנגזרו על הנאשם בגינן. ככל שמדובר בעונשי מאסר חוזרים מתחזקת המסקנה שהנאשם לא הורתע, ויש צורך להרחיקו מן הציבור כדי שלא יבצע עבירות נוספות. האמצעי הראייתי השני הוא חוות דעת מקצועית כגון הערכת מסוכנות, תסקיר של שירות מבחן, חוות דעת פסיכיאטרית או כל חוות דעת מקצועית אחרת. לבסוף, על פי הסעיף, חריגה לחומרה ממתחם העונש ההולם בשל הגנה על שלום הציבור אינה יכולה להיות ניכרת. אלא שהביטוי "החמרה ניכרת" הוא מושג עמום המשאיר שיקול דעת רחב לבית המשפט.¹¹³ יש לציין שהגבלה זו נוספה במהלך הדיונים בוועדת החוקה משום החשש שהחמרה ניכרת תערער את הרציונל הגמולני שהחוק נשען עליו ולא תעמוד במבחני פסקת ההגבלה.¹¹⁴

(ג) היחס בין עקרון השיקום לבין עקרון ההגנה על שלום הציבור

לסיכום חלק זה נבקש לתת את הדעת על שאלת היחס בין עקרון השיקום מחד גיסא לבין עקרון ההגנה על שלום הציבור מאידך גיסא. שני השיקולים מאפשרים לבית המשפט לסטות ממתחם העונש ההולם. השאלה היא אם מעמדו של האחד גבוה מזה של האחר או שהם ניצבים על אותה מדרגה נורמטיבית. הדעות בשאלה זו חלוקות. על פי דעה אחת, רומם החוק את מעמדו של עקרון השיקום והציב אותו במקום השני בחשיבותו אחרי עקרון ההלימה.¹¹⁵ דעה זו מסתמכת הן על מיקומו של סעיף החוק והן על הבדלים בין התנאים המתבקשים ליישום כל אחד מן העקרונות הנזכרים לעיל. עקרון השיקום, לעומת עקרון ההגנה על שלום הציבור, מתיר לבית המשפט לגזור על הנאשם עונש הסוטה במידה ניכרת ממתחם העונש ההולם, עד כדי התעלמות ממנו. יתרה מזו, בית המשפט אינו נדרש לתת תימוכין ראייניים להחלטתו להורות על שיקום, כפי שהוא נדרש לעשות לפי

¹¹³ ת"פ (שלום ת"א) 76-12 מדינת ישראל נ' צרפתי, פדאור 13(3) 875 (2013). שם קבע השופט שגיא שחריגה של שישה חודשים ממתחם הנע בין שמונה לעשרים ושמונה חודשי מאסר אינה בגדר החמרה ניכרת.

¹¹⁴ ראו לעיל ה"ש 9 וה"ש 110, פרוטוקול ישיבה מס' 297 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (20.12.2010).

¹¹⁵ לרנאו ושרון, לעיל ה"ש 16, בעמ' 17-18. נדמה גם כי זו גם דעתו של השופט רובינשטיין, אשר מנמק זאת: "בהצבת השיקום בסעיף 40ג, מייד לאחר העיקרון המנחה" ולאור הדיונים שהתקיימו במהלך חקיקת החוק אשר אופיינו כ"מאבק להעלות את השיקום למקום כבוד בסעיף 140 בסמוך לאחר העיקרון המנחה של ההלימה" – פרשת סעד, לעיל ה"ש 1, פס' יג-יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

עקרון ההגנה על שלום הציבור. דעה שנייה, היא שמעמדם של שני העקרונות זהה.¹¹⁶ ההבדלים הרעיוניים ביניהם, ולא מעמדם השונה, הם שמכתיבים את התנאים הנבדלים. עקרון השיקום, כפי שכבר ציינו, אינו עולה בקנה אחד עם ענישת הנאשם והוא מחייב הענקת שיקול דעת רחב בידי השופט כדי שיוכל לבחור את אמצעי השיקום המתאים לנאשם העומד לפניו. לכן יש לתת לשופט אפשרות לסטות מן המתחם סטייה ניכרת ולהעניק לו שיקול דעת שלא יוגבל בדרישות ראייתיות. לעומת זאת, יישום עקרון ההגנה על שלום הציבור מחייב פסיקת עונשי מאסר בפועל. הפגיעה הקשה בחירותו של הנאשם מחייבת הצרה ניכרת יותר של שיקול דעת השופט.

לעניות דעתנו, במידת מה מדובר במחלוקת "לשם שמיים" שאינה עתידה לעורר קשיים מעשיים ביישום הדין. קשה להעלות על הדעת מקרה שבו בית המשפט יאלץ לדרג את מעמדם של שני העקרונות. אמות המידה להרחקת הנאשם מן החברה כדי להבטיח את שלומה – עבר פלילי, חוות דעת מקצועית התומכת בכך, העבירה וחומרה מהסוג המסכן את שלום הציבור ומסוכנתו הסובייקטיבית של הנאשם – ממילא שוללות "סיכוי ממשי" לשקם אותו. מנגד, ההחלטה להורות על שיקום הנאשם מלמדת שבית המשפט לא מצא מקום לחשש מפני השבת הנאשם לחיק החברה. בנוסף, חשוב להזכיר שהגופים המגישים לבית המשפט את חוות הדעת בכל הנוגע למסוכנות הנאשם הם גם אלה שממליצים פעמים רבות על שיקומו. כל החלטה שלהם, לכאן או לכאן, מבטיחה שגם האפשרות השנייה נשקלה על ידיהם ונשללה.

3. שלב שלישי: גזירת העונש המתאים לנאשם בתוך מתחם העונש ההולם

בשלב השלישי, אם מצא שאין מקום לסטות ממתחם העונש ההולם, יקבע בית המשפט את העונש המתאים לנאשם בתוך גבולות המתחם. כזכור, מתחם העונש ההולם אינו קובע את עונשו של הנאשם אלא מבטיח את תיחומו באמצעות יצירת רף עונשי עליון ותחתון. כדי לקבוע את עונשו של הנאשם בתוך גבולות מתחם העונש ההולם, בית המשפט נדרש להביא בחשבון שני שיקולים מרכזיים: האחד, נסיבות הקשורות לעבריו אך שאינן קשורות לביצוע העבירה ואינן משליכות על חומרת העבירה הנדונה; והשני, הצורך להרתיע את העבריין ואת הציבור מפני ביצוע עבירות נוספות.

¹¹⁶ לדעה זו ראו דבריו של השופט שהם ברע"פ 3711/13 הושיאר נ' מדינת ישראל, פדאור 13(63) 35, פס' 8 לפסק דינו של השופט (2013); עפ"ת (מחוזי ת"א) 50181-10-12 טגניה ברוך נ' מדינת ישראל, פדאור 12(98) 713, 1, 2 (2012).

(א) נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה

סעיף 40א לחוק העונשין, שכותרתו "נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה", קובע כדלקמן:

"בגזירת העונש המתאים לנאשם כאמור בסעיף 40ג(ב), רשאי בית המשפט להתחשב בהתקיימות נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר כי ראוי לתת להן משקל בנסיבות המקרה, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם".

הנסיבות הקבועות בסעיף 40א לחוק העונשין מתמקדות בעבריו ולא בעבירה. הן אינן מלמדות על חומרת המעשה או על מידת האשם, ולפיכך אינן יכולות להשפיע על גבולות המתחם, אלא רק על העונש שייגזר בתוכו. הבחירה של המחוקק לתת לנסיבות אלה משקל במהלך קביעת עונשו של הנאשם מלמדת על הכרעה ערכית שמשמעותה אימוץ נקודת ראות כוללת המחשיבה את מכלול נסיבות חייו של הנאשם, נקודת ראות רחבה יותר מההשקפה הגמולנית הצרה שאינה רואה אלא את העבירה עצמה. הכרעה זו עולה בקנה אחד עם עקרונות פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיה פגיעה בזכות חוקתית – ובמקרה זה הזכויות החוקתיות לחירות (מאסר) או לקניין (קנס) – גם כשהיא נעשית לתכלית ראויה, צריכה להיעשות במידה שאינה עולה על הנדרש.¹¹⁷

התחשבות בנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה היא אפשרות אך לא חובה, כעולה מלשון הסעיף: "רשאי בית המשפט להתחשב" (לעומת נסיבות הקשורות לביצוע העבירה אשר בהן בית המשפט חייב להתחשב). הסעיף מונה 11 נסיבות. לפי סעיף 40יב לחוק, מדובר ברשימה פתוחה, וניתן לצרף נסיבות נוספות בתנאי שהן אינן קשורות לביצוע העבירה. רבות מהנסיבות משמשות שיקול לקולה, אולם אי-התקיימות נסיבה אינה אמורה לשמש שיקול לחומרה. למשל, הפגיעה הצפויה של העונש במשפחתו של הנאשם משמשת שיקול לקולה אך העדר פגיעה כזאת אינו נזקף לחובת הנאשם.

נעבור כעת לבחינת הנסיבות תוך סיווגן לארבע קבוצות. נציין שחלוקה זו אינה קבועה במפורש בסעיף אך היא מתחייבת מהגיונו, וייתכן שתאפשר בעתיד דירוג פנימי של משקל הנסיבות האישיות.

קבוצה ראשונה: נסיבות של חסד ורחמים – בקבוצה הראשונה ארבע נסיבות. שלוש הנסיבות הראשונות נוגעות להשפעת ההליך על הנאשם, והרביעית נוגעת

¹¹⁷ לרנאו ושרון, לעיל ה"ש 16, בעמ' 20–21.

להתחשבות בנסיבות חייו. מדובר בנסיבות של חסד ורחמים שבהן החמלה הציבורית מאפשרת המתקה של העונש. ניתן לומר שכל אחת מנסיבות אלה מכבידה על הנאשם, ולכן יכולה להצדיק הקלה בעונש המוסדי המושת עליו:

- (1) "הפגיעה של העונש בנאשם, לרבות בשל גילו" – לדוגמה, נאשם מבוגר או צעיר¹¹⁸ או כזה הסובל ממחלה או נכות.
- (2) "הפגיעה של העונש במשפחתו של הנאשם" – לדוגמה, מקרים שבהם הנאשם הוא המפרנס היחיד או העיקרי, והעונש יקשה עליו להמשיך לפרנס.
- (3) "הנזקים שנגרמו לנאשם מביצוע העבירה ומהרשעתו" – נזק שנגרם לו מהעבירה, לדוגמה כאשר הוא עצמו נפגע באותה תאונה, או נזק מעצם ההרשעה, לדוגמה, השפעה על עתידו המקצועי של הנאשם בעקבות הרשעתו בפלילים (כגון אי-יכולתו של הנאשם להמשיך ולהתפרנס כעורך דין בשל הרחקתו מלשכת עורכי הדין).
- (4) "נסיבות חיים קשות של הנאשם שהייתה להן השפעה על ביצוע מעשה העבירה" – מדובר בנסיבות חיים כלליות של הנאשם. עם זאת, יש להוכיח שלנסיבות אלה הייתה השפעה על ביצוע מעשה העבירה.

קבוצה שנייה: התנהגות הנאשם לאחר ביצוע העבירה – בקבוצה זו שלוש נסיבות. המשותף לשלושתן הוא שמדובר בהתנהגות חיובית של הנאשם לאחר ביצוע העבירה (אשר במקרים מסוימים מעידה גם על חרטה):¹¹⁹

- (1) "נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב" – הנסיבה כוללת שני תנאים חלופיים. התנאי הראשון הוא שהנאשם חזר למוטב, כלומר בעת מתן גזר דינו כבר חזר הנאשם למוטב. התנאי השני הוא שהנאשם נמצא בעיצומו של תהליך חזרה למוטב.
- (2) "מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה" – למשל, נאשם בעבירת גניבה הפועל להחזרת הרכוש שגנב.
- (3) "שיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק; ואולם כפירה באשמה וניהול משפט על ידי הנאשם לא ייזקפו לחובתו" – שיתוף פעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק עשוי ללבוש מגוון צורות כגון הודאה במהלך החקירה, סיוע לרשויות החוק במהלך החקירה והמשפט שהתנהלו בקשר לעבירה¹²⁰ וקבלת אחריות מצד הנאשם למעשיו. אשר לחיסכון בזמן שיפוטי, גם אם הוא

¹¹⁸ כפי שיידון בהמשך, תיקון מס' 113 אינו חל על ענישתם של קטינים. בפרשת פלוני, לעיל ה"ש 102, שעסק במקרה שעליו לא חל תיקון מס' 113, עמד השופט ג'ובראן על כך שככל שגילו של הנאשם צעיר יותר, כך הדבר משמש שיקול חזק יותר להקלה בעונש.

¹¹⁹ אשר למקומה של החרטה כנתון לקולה בעונש ראו: איתי ליפשיץ ורינת קיטאי סנג'רו "מקומה הראוי של החרטה בענישה הפלילית" מחקרי משפט כח 1, 69 (2012).

¹²⁰ הצעת החוק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 452; דברי ההסבר לס' 140(ד)(5).

נובע פעמים רבות משיתוף פעולה של הנאשם עם הרשויות, ספק רב אם הוא כשלעצמו יכול לשמש כנסיבה מקלה.¹²¹ מסקנה זו מתחזקת לנוכח הסיפא של הסעיף, הקובעת שכפירה באשמה וניהול המשפט לא ייזקפו לחובת הנאשם,¹²² שכן מדובר בזכות טבעית של נאשם בהליך פלילי.¹²³

קבוצה שלישית: התנהגות הנאשם לפני ביצוע העבירה. בקבוצה זו שתי נסיבות. הצד השווה לשתיהן הוא התנהגותו של הנאשם לפני ביצוע העבירה. בכך בא לידי ביטוי הרצון לבחון את מכלול אישיותו של הנאשם, לאו דווקא בהקשר העבירה הספציפית. (1) "התנהגותו החיובית של הנאשם ותרומתו לחברה" – עקרון הגמול מבטא גם את מידת הסלידה הציבורית ממעשיו של הנאשם, ואת הרצון לבוא עמו חשבון. אם הנאשם פעל בעבר למען החברה, יש מקום להקל בעונשו. (2) "עברו הפלילי של הנאשם" – הקביעה שהעבר הפלילי של הנאשם לא בהכרח מחמיר את עונשו מסמלת שינוי של ממש לעומת המצב שקדם לתיקון מס' 113. עד התיקון נהגו השופטים להעניק משקל רב לעברו הפלילי של הנאשם.¹²⁴ גישה זו ספגה ביקורת קשה בספרות בטענה שאין הצדקה להחמרה רבה בשל העבר הפלילי.¹²⁵ בהצעת החוק נעשה ניסיון לומר שלא כל עבר

¹²¹ ראו לעיל ה"ש 9, פרוטוקול ישיבה מס' 424 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (5.7.2011).

¹²² קובו, לעיל ה"ש 33, בעמ' 11–12.

¹²³ לוין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 199: "אכן אם הודה נאשם בעובדות שיוחסו לו והורשע על-פי הודאתו, ומדברי ההודאה, וממילתו האחרונה ומראיות אחרות המובאות בפני בית המשפט למדים כי הוא מיצר על המעשה שעשה ומביע חרטה, אין ספק כי ראוי הוא להתחשבות ולהקלה מסוימת במידת העונש. אולם לא מקובל עלי שמידת הקלה זו תהיה פועל יוצא מכך שכאלו חסך מזמנו היקר של בית המשפט. נימוק זה עלול להתפרש בעיני הציבור כמעודד נאשמים להודות, אפילו לא בלב שלם, שאם לא כן, אם לא יחסוך מזמנו של בית המשפט, ואם יקיים את הדיון עד תום ודינו יוכרע, כי אז יחמירו עמו מעבר למידה על שום שהכביד על בית המשפט. ידוע כי קיימת תחושה כזו אצל חלק מהציבור ולגבי בתי משפט מסוימים, במיוחד כאשר מדובר בעבירות שכיחות כגון בעבירות תעבורה או עבירות על חוקי עזר. נאשם זכאי לכך שיהא לו יומו בבית המשפט שיתנו לו ימי הדיון הדרושים להצגת עמדתו, אפילו אם כתוצאה מכך ייגזל זמן יקר שאפשר היה להקדישו לשמיעת משפטים אחרים."

¹²⁴ קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דוח ועדת גולדברג", לעיל ה"ש 41, בעמ' 166–171.

¹²⁵ משה בר-ניב וצבי ספרא "יעילות הבניית שיקול הדעת השיפוטי בהחמרה עם עבריינים חוזרים" ספר דיוד וינר על משפט פלילי ואתיקה 583, 589 (2009) (להלן: בר-ניב וספרא). המחברים מציעים מודל המבוסס על ניתוח כלכלי של המשפט הפלילי וממנו עולה שמדיניות הענישה, שעל פיה יש להחמיר בעונשו של עבריין חוזר, לא תמיד יעילה ויש להעדיף על פניה דווקא מדיניות המגדילה את הקנסות הראשונים. הרתעה מרבית תושג על ידי השתת קנס על העבירה הראשונה "עד מלוא עושרו של העבריין" (שם, בעמ' 597). אולם יש לשים לב כי הגדלת הקנסות על העבירה הראשונה עלולה להוות "החמרת יתר" מנקודת מבט של עקרון ההלימה.

פלילי מביא לידי החמרה בעונש, ולכן הוזכר בהצעה עבר פלילי שהוא: "מסוג העבירה שנעברה" או "עבירה מסוג אחר שיש בה הצדקה להחמיר בדינו". נוסח זה הושמט מן החוק אך גם היום עבר פלילי לא בהכרח ישפיע על חומרת העונש. כך, למשל, עבר פלילי שאינו קשור כלל לעבירה שבגינה הנאשם עומד לדין, או עבר פלילי שמקורו במעשה שהתרחש שנים רבות לפני העבירה הנדונה. חשוב לזכור שלעבר הפלילי עשוי להינתן משקל רב יותר באותם מקרים שהחמרה מעבר למתחם העונש ההולם מותרת בהם, מטעמים של הגנה על שלום הציבור. באותה מידה עבר "נקי" עשוי לקבל משקל רב יותר בשיקולי השיקום.

קבוצה רביעית: נסיבות שאינן קשורות לנאשם. בקבוצה זו שתי נסיבות. מה שמיוחד אותן בהשוואה לנסיבות האחרות הוא שהן אינן מתמקדות בנאשם עצמו אלא בהתנהגות הרשויות או בחלוף הזמן:

(1) "התנהגות רשויות אכיפת החוק" – לתוך תיבה כללית זו יכולים להיכנס מקרים רבים הנוגעים להתנהגות המשטרה והתנהגות התביעה כגון השפעתו של סוכן מדיח על ביצוע העבירה. במובן זה, נסיבה זו מקבילה לטענה המקדמית של הגנה מן הצדק הקבועה בחוק סדר הדין הפלילי ואשר יכולה להביא לביטול כתב האישום.¹²⁶ בפרשת **בורוביץ'**, שנפסק לפני עיגון ה"הגנה מן הצדק" בחקיקה, קבע בית המשפט שהטענה יכולה להצמיח גם סעדים מתונים ומידתיים יותר מביטול כתב האישום כולו כגון הקלה בעונשו של הנאשם (אם יורשע).¹²⁷

(2) "חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה" – ככל שפרק הזמן בין מועד ביצוע העבירה לבין מועד גזר הדין ארוך יותר, כך ניתן להקל יותר בעונשו של הנאשם.

(ב) הרתעה אישית והרתעה כללית

הרתעה היא אחת ממטרות דיני העונשין. מקובל להבדיל בין שני סוגים של הרתעה: הרתעה אישית והרתעה כללית. ההרתעה האישית מתמקדת בנאשם העומד לדין. המטרה היא להטיל עליו עונש שירתיע אותו מלבצע עבירות נוספות בעתיד. במישור של ההרתעה האישית יש משקל רב לאישיות הנאשם – אם ניתן להרתיעו, ואם כן כיצד. השנייה, ההרתעה הכללית, אינה מתמקדת בנאשם אלא בציבור הרחב. המטרה

¹²⁶ ס' 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

¹²⁷ ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ'**, פ"ד נט(6) 776, 808 (2005); וראו גם: ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** 492-493 (מהדורה שנייה, 2009): "גם לאחר עיגונה של ה'הגנה מן הצדק' כטענה מקדמית חקוקה אין מניעה, לדעתי, להתחשב בשיקולים העומדים בבסיסה כנימוק להקלה בעונשו של הנאשם".

היא להטיל על הנאשם עונש למען יראו וייראו. במישור של ההרתעה הכללית יש משקל רב לסוג העבירה. ככל שהעבירה חמורה יותר או נפוצה יותר, כך הצורך לנקוט ענישה מחמירה שתרתיע עבריינים פוטנציאליים גדל. מלבד "הפחדה", לשיקול הרתעת הרבים ישנה גם מטרה רחבה יותר, חיובית, של חינוך הציבור והטמעת ערכי החברה. ענישה מחמירה מעבירה לציבור מסר חינוכי ומאשררת את חשיבותם של הערכים החברתיים המוגנים באמצעות החוק הפלילי.¹²⁸

על אף חשיבותם של שיקולי ההרתעה, נמתחה עליהם ביקורת רבה מצד מלומדים. במישור המוסרי נטען שהרתעה, ובעיקר הרתעת הרבים, מתעלמת מהיות האדם תכלית לעצמו ומשתמשת בו כאילו היה אמצעי להשגת מטרות אחרות, חיצוניות. במישור המעשי נטען שלא נמצא אישוש אמפירי להנחה שהחמרה בענישה, להבדיל מהגדלת הסיכוי להיתפס, מקדמת את הרתעת העבריינין.¹²⁹ לאור ביקורות אלו נדחקה ההרתעה אל תחתית המדרג של שיקולי הענישה הקבועים בחוק, ובהתאם לחוק כיום היא עשויה לשמש רק לשם תנועה בתוך מתחם העונש ההולם.

הרתעת אישית – סעיף 140 לחוק העונשין, שכותרתו "הרתעה אישית", קובע כדלקמן: "מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הנאשם מפני ביצוע עבירה נוספת, וכי יש סיכוי של ממש שהטלת עונש מסוים תביא להרתעתו, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם".

הנתנים לתחולת ההרתעה האישית: בית המשפט רשאי להתחשב בשיקולי ההרתעה רק כשיש "סיכוי של ממש" שהטלת עונש מסוים תצליח להרתיעו. מדובר במבחן גמיש המותיר מידה רבה של שיקול דעת לבית המשפט. שלא כמו בשיקולי "הגנה על שלום הציבור", הסתפק כאן המחוקק בקביעת מבחן נורמטיבי בלי לציין את האמצעים הראייתיים הדרושים להוכחתו. נראה שהצורך בתימוכין ראייניים פחות משום ששיקולי ההרתעה אינם יכולים להביא לחריגה ממתחם העונש ההולם. יש לשים לב גם לרישא של הסעיף: "מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הנאשם". פעמים רבות אין צורך להחמיר עם הנאשם כדי להרתיעו מביצוע עבירות נוספות בעתיד. הרישא מכוננת בעיקר כלפי עבריינים רצידיביסטים בעלי "עבר פלילי" שממנו עולה כי הנאשם חזר לסורו אף שנענש בעבר, ועל כן נחוץ בעניינו עונש מרתיע.¹³⁰

¹²⁸ קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דוח ועדת גולדברג", לעיל ה"ש 41, בעמ' 158–161.

¹²⁹ שם, בעמ' 164.

¹³⁰ לדעה הגורסת שהחמרת הענישה של עבריינים "חוזרים" אינה מחזקת את ההרתעה ראו בר-ניב וספרא, לעיל ה"ש 125. להסתייגות נוספת ראו: השופט רובינשטיין, פרשת סעד, לעיל ה"ש 1, פס' טו לפסק דינו: "לטעמי ההרתעה האישית היא בחיי המעשה 'שיקול בעירבון מוגבל'".

סוג העבירה: לפי לשון החוק, אין נדרשת זהות בין העבירה שהנאשם עומד לדין בגינה לבין העבירה שבית המשפט מבקש להרתיעו מפניה. הסעיף מתמקד בעושה ולא במעשה. עם זאת, לא כל עבירה מצדיקה החמרה בענישה לצורכי הרתעה. ככל שהעבירה נפוצה יותר, או ככל שסיכויי העברייני להיתפס קטנים יותר, כך הצורך בהרתעה גדל. שיקול נוסף שעשוי להשפיע על הצורך בהרתעה הוא "חומרת" מעשה העבירה. כאשר הפגיעה היא בליבת הערכים המוגנים בחוק, נקיטת אמצעים שירתיעו את העברייני מלשוב לסורו נחוצה יותר.

סוג העונש: המחוקק השתמש במילים "הטלת עונש מסוים" להבדיל מ"החמרה בעונשו". לעומת סוג העונש במקרי הגנה על שלום הציבור, הרתעה אינה מחייבת דווקא מאסר בפועל. ככל שניתן להרתיע את העברייני באמצעי שפגיעתו פחותה, הרי יש לבכרו על פני עונש מאסר. במקרים רבים דווקא עונש "מאסר על תנאי" עשוי להיות אפקטיבי יותר מעונש מאסר בפועל.¹³¹ גם כאשר מוטל עונש מאסר בפועל, אין להניח מראש שעונש מאסר ארוך יהיה יעיל יותר מעונש מאסר קצר. האפקט המרתיע במאסר מקורו בעיקר בגנאי החברתי הנלווה לו. גנאי זה נלווה גם לעונשי מאסר קצרים. יש גם חשש ששהייה ממושכת של הנאשם בחברת אסירים אחרים תביא להפגמת ערכים עברייניים, ותגדיל את הנטייה לפשיעה חוזרת ונשנית מצד הנאשם.¹³²

הרתעת הרבים – סעיף 140 לחוק העונשין, שכותרתו "הרתעת הרבים", קובע כדלקמן: "מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, וכי יש סיכוי של ממש שההחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם".

סוג העבירה: שלא כמו בשיקול של הרתעה אישית, מדובר בהרתעה מפני "ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם". הרציונל להבדל ברור. במקרה של הרתעה

¹³¹ ראו לעיל ה"ש 9, פרוטוקול ישיבה מס' 297 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (20.12.2010). ופרוטוקול ישיבה מס' 302 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (27.12.2010).

¹³² לוי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 190: "בהקשר זה של מידת העונש, כעונש מרתיע, מטרידה את השופטים ואת המתעמקים בתורת הענישה שאלה נכבדה נוספת. ככל שמדובר בעונש מאסר מתי יהא העונש אפקטיבי יותר, האם כשהמאסר הוא לתקופה ארוכה או אולי היפוכו של דבר, כשממש המאסר הוא קצר (לא קצר מדי), שמשאיר את רישומו על העברייני. יש הסוברים שמאסר לתקופה קצרה יחסית משיג תוצאה חיובית יותר, שהרי הסבל הכרוך במאסר, ההשפלה הנלווית טעם ובסטיגמת הגינוי דבקים בו. באלה הועבר המסר, מאלה יפיק העברייני את לקחו. הסוברים כך חוששים שאם יוסיף העברייני לשהות לאורך זמן מאחורי סורג וברית הוא עלול להתרגל למציאות החדשה, להסתגל אליה, להתחבר עם עבריינים מועדים חסרי תקנה ואז בסיום תקופת המאסר יצא מהכלא אדם מר נפש, שאינו מפיק לקחים ואינו מוצא טעם בשנוי דפוסי התנהגותו. נהפוך הוא, יצא מהכלא כעברייני מושלם שאל נכון יחזור לסורו וביתר שאת".

אישית, החשש של הנאשם להיענש בשנית ירתיע אותו גם מפני ביצוע עבירות אחרות. אולם הציבור עצמו אינו נושא בעונש, ולכן עונש קשה בגין עבירה מסוג אחד לא ירתיע את הציבור מפני עבירה מסוג אחר. זאת ועוד, שכיחות העבירה חשובה יותר בשיקול הרתעת הרבים. המטרה היא לאותת לעבריינים פוטנציאליים שעבירה מסוג זה אינה משתלמת ותטופל בחומרה.

סוג העונש: בהרתעת הרבים ישנו מקום רב יותר להטלת עונשי מאסר בפועל ולמשך פרק זמן ממושך יותר. הרתעת הרבים, שאינם נושאים בעצמם בעונש, דורשת מטבעה ענישה קשה יותר. ענישה זו כפופה כמובן לעקרון ההלימה – אם אין בחומרת מעשיו של העברייין ובמידת אשמו כדי להביא לקביעת מתחם ענישה הכולל עונש מאסר, אי אפשר להטיל עונש מסוג זה משיקולי הרתעה בלבד.

ה. השפעות הגומלין בין השלבים של הליך גזירת הדין

מפשוטו של החוק נראה ששלושת השלבים של גזר הדין מיושמים זה אחר זה: כל שלב נשקל במקומו, עם העקרונות והנסיבות המייחדים אותו, ואינו "פולש" לגבולו של האחר. בשלב הראשון נבחן עקרון ההלימה; בשלב השני נבחנים עקרונות השיקום וההגנה על שלום הציבור; ובשלב השלישי נבחנים שיקולי ההרתעה לצד נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה. אלא שהמציאות מורכבת יותר, ויש לעתים מקום לבחון את שלושת השלבים בו בזמן. יש להניח שסוגיה זו עוד תונח לפתחו של בית המשפט העליון. לפיכך נבקש להציג דיון ראשוני וכללי בלבד בהשפעות השלבים זה על זה.

1. השפעת שיקולי שיקום ושיקולי הגנה על שלום הציבור בתוך מתחם העונש ההולם

בבואו לבחון אם יש מקום לסטות ממתחם העונש ההולם, על בית המשפט לשקול שיקולים של שיקום ושיקולי הגנה על שלום הציבור. אולם הם יכולים לשמש את בית המשפט גם בשלב קביעת העונש המתאים לנאשם. מסקנה זו מתבקשת בדרך של קל וחומר. אם יש בכוחם של עקרונות אלה כדי לגבור על עקרון ההלימה, ודאי יש בכוחם כדי להשפיע על קביעת עונשו של הנאשם בגבולות העונש ההולם.¹³³ כך, למשל, אם מצא בית המשפט שהסיכוי להביא לשיקומו של הנאשם אינו "סיכוי ממשי" כנדרש לצורכי חריגה מהמתחם, יוכל להתחשב בו בקביעת עונשו. זאת ועוד, חלק מן הנסיבות המשמשות לקביעת מתחם העונש ההולם תומכות גם הן במסקנה

¹³³ ראו לעיל ה"ש 9, פרוטוקול ישיבה מס' 219 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (29.6.2010).

זו. למשל, הנסיבה הקבועה בסעיף 40(4)א(4) "נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב" או הנסיבה הקבועה בסעיף 40(5)א(5) "מאמציו הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה", מעידות שהנאשם הפנים את הפסול במעשיו והוא מבקש לחזור למוטב.

2. השפעת נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, על מידת החריגה מן המתחם בשל שיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור

כשכית המשפט מורה על חריגה ממתחם העונש ההולם, הוא יכול לתת משקל לנסיבות "האישיות" של הנאשם, תוך שמירה על מעמדן המשני, לצורך הקביעה של מידת הסטייה.¹³⁴ למשל, מידת הפגיעה של העונש בנאשם או במשפחתו יכולה להשפיע על מידת הסטייה מן המתחם בשל שיקולים של הגנה על שלום הציבור. מובן שמידת ההתחשבות תלויה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. ככל שמידת הסכנה מן הנאשם רבה יותר, כך משקלן של הנסיבות האישיות יהיה קטן יותר, אם בכלל.

3. השפעת נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה על קביעת מתחם העונש ההולם

מתעוררת השאלה אם נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, ובמיוחד נסיבות אישיות חריגות ויוצאות דופן, יכולות להשפיע על קביעת מתחם העונש ההולם. כאמור לעיל, שלב קביעת מתחם העונש ההולם לעבירה הוא שלב עיקרי בדרך לקביעת העונש המתאים לנאשם, ולפי לשון החוק, העונש המתאים אינו יכול לפרוץ את גבולות המתחם אך בשל נסיבותיו האישיות של הנאשם. הוראות החוק מלמדות על רצונו של המחוקק להביא למצב שבו ייקבעו בפסיקה מתחמי ענישה הולמים לעבירות למיניהן לפי חומרת מעשה העבירה ובהתחשב באשמו של הנאשם.¹³⁵ לצורך הגשמת מטרה זו הסיג המחוקק את ההתחשבות בנסיבותיו האישיות של

¹³⁴ גזל-אייל "תג מחיר העונשים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 92.

¹³⁵ עם זאת, כאמור לעיל (בחלק שעוסק בקביעת מתחם של קנס), ניתן לזהות השקפה אחרת ככל שמדובר בעונש הכולל קנס. לפי הוראת ס' 40ח, בקביעת מתחם הקנס ההולם ניתן להביא בחשבון גם את יכולתו הכלכלית של הנאשם, ועל כן ניתן לטעון שהוראה זו מאמצת לתוך החוק, הלכה למעשה, את ההשקפה שלפיה ההשפעה הגמולית של העונש משתנה לפי מידת השפעתו על הנאשם האינדיבידואלי. בהתאם לגישה זו מדובר ביישום מהותי ומלא של עקרון ההלימה אשר מחייב השפעה שוויונית של העונש על נאשמים (בגין אותה עבירה שנעברה בנסיבות דומות) ולכן יש להתחשב בגזירת העונש גם בהשפעתו על הנאשם הקונקרטי וכן בסבלו האישי של הנאשם מהעונש הנגזר עליו.

הנאשם לשלב האחרון במלאכת גזירת הדין, לאחר שכבר נקבע מתחם העונש ההולם, והגביל את השפעתן לקביעת העונש המתאים בתוך גבולות המתחם. מכאן שלגבולות המתחם ולרכיבי הענישה שיקבעו במסגרתו השפעה מכרעת על סוג העונש ובוודאי על מידתו. גם לרוחבו של המתחם השפעה מכרעת על המשקל שיהיה ניתן ליתן לנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה ובכללן נסיבותיו האישיות של הנאשם. ככל שרוחבו של המתחם צר יותר, כך פוטנציאל ההשפעה של הנסיבות האישיות על העונש הסופי יהיה קטן יותר.

אולם דומה שהמחוקק לא נתן דעתו על מצבים של נסיבות אישיות חריגות מאוד אשר יהיה בהן כדי להצדיק חריגה מהמתחם. ייתכנו מצבים שבהם מתחם העונש ההולם יחייב עונש מאסר, ואילו התחשבות בנסיבותיו האישיות של הנאשם תצדיק הימנעות מענישה הכוללת מאסר. ניתן היה לכאורה לתת מענה לקושי זה באמצעות קביעת מתחמי ענישה רחבים דיים, שיאפשרו התחשבות גם בנסיבות אישיות חריגות. ואולם כפי שצינו לעיל, לקביעת רוחבו של המתחם השפעות מעשיות על יישומו של תיקון מס' 113 ובפרט על הגשמתו של עקרון ההלימה כעיקרון מרכזי בענישה. ככל שהמתחם יהיה רחב יותר, כך משקלו של עקרון ההלימה בגזירת העונש המתאים ילך ויפחת. לכן אנו סבורים שאל לו למתחם הענישה להיות רחב יתר על המידה. המתחם אמנם צריך להיות גמיש דיו באופן שהעונש יותאם לנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, ואולם בה בעת יש להימנע מקביעת מתחם רחב אשר יעשה את תיקון מס' 113 פלסטר. רוחב מתחם אשר ייועד לאפשר התחשבות בכל מגוון הנסיבות, גם הקיצוניות והנדירות, ידחק הלכה למעשה את שיקולי הענישה הנגזרים מעקרון ההלימה ויחליף אותם במנעד של שיקולים אחרים שאינם קשורים לביצוע העבירה. לשון אחר, קביעת מתחם רחב מידי באופן שמאפשר התחשבות מרובה בנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה יוצרת מצב ששיקולים אחרונים אלה הם שקובעים את המתחם.

ייתכן שיש מקום לעגן בחוק את המקרים הללו,¹³⁶ של נאשמים שנסיבותיהם האישיות חריגות, ולייחד להם הליך גזירת עונש מיוחד בשל הטעמים המיוחדים המצדיקים זאת. ייתכן אף שצריך לאפשר סטייה ממתחם העונש ההולם בקבוצת מקרים רחבה יותר – הכוללת גם את המקרה הפרטי של נסיבות אישיות חריגות – ומטעמי צדק.¹³⁷ כך יהיה ניתן לחרוג מהמתחם לקולה כל אימת שמדובר בנסיבות אישיות חריגות או בשיקולי צדק אחרים, המצדיקים זאת. לעניין זה, ובדומה לקבוע

¹³⁶ מעיון בדיוני הוועדה שקדמו לחקיקת החוק, כמו גם בפרוטוקולים של ועדת חוקה, חוק ומשפט, עולה שלא נערך דיון מפורש בסוגיה זו וההצעה לאפשר סטייה ממתחם הענישה משיקולים של צדק לא נדונה דיון מקיף. במצב דברים זה ניתן לסבור ששתיקתו של החוק בעניין זה אינה בגדר הסדר שלילי, ויהיה ניתן ליישמה גם בלא תיקון לחוק.

¹³⁷ פילוסופים גמולניים כמו Von Hirsch ו-Norval Morris מכירים בסטייה ממתחם הענישה הגמולית משיקולי צדק. ראו לעיל ה"ש 40.

בחוק באשר לחריגה מהמתחם בשם עקרון השיקום, ניתן לקבוע שכאשר שמדובר במעשה עבירה ובמידת אשמה בעלי חומרה יתרה, יהיה אפשר לחרוג מהמתחם רק במקרים חריגים וכאשר מדובר בנסיבות אישיות או טעמי צדק יוצאי דופן. עם זאת, כדי שהחריג לא יהפוך לכלל, חשוב להגדיר אותם נסיבות אישיות וטעמי צדק המצדיקים סטייה מהמתחם.

שאלה זו התגלגלה לאחרונה לפתחו של בית משפט המחוזי. הנאשם, יליר 1949, עיוור מאז שירותו הצבאי ועובד סוציאלי בהכשרתו, הורשע בביצוע מעשה מגונה בקטינות. לנוכח גילו המבוגר של הנאשם, מוגבלותו, העדר עבר פלילי והיותו בעל משפחה, המליץ שירות המבחן שלא להטיל עליו עונש מאסר, ולהסתפק בהטלת עבודות לתועלת הציבור. בית המשפט קבע שבמקרים קיצוניים שבהם נסיבותיו האישיות של העבריין הן קשות במיוחד, עד שיש לומר כי מידת הסבל עקב העונש תהיה שונה ממידת סבלו של אדם מן היישוב, יש מקום להתחשב בהן כבר בשלב קביעת מתחם העונש ההולם. התעלמות מן הנסיבות האישיות בשלב זה, ודחיקתן לשלב העונש המתאים, תיאלץ את בית המשפט להטיל עונש מאסר בפועל בלא הצדקה. לשיטת בית המשפט, מעקרון ההלימה, המבקש להטיל על הנאשם סבל השקול לזה שגרם, מתחייבת המסקנה שיש לבחון את סבלו של הנאשם הספציפי בנסיבותיו הקונקרטיות. את ההצדקה הפרשנית למעשיו מצא בית המשפט בלשונו של סעיף 40 הקובע כדלקמן: "קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו". חשוב להדגיש שדבריו של בית המשפט כווננו לנסיבות חריגות ביותר: "בעת הערכת העונש לעולם יש לקחת בחשבון מי הוא העומד בפנינו, ומהי עוצמת הסנקציה לגביו. אכן, הכלל הוא של ענישה שווה לכל ומעשה אחד יביא למתחם ענישה אחד. אולם, מי שיש לגביו נסיבות חריגות ומיוחדות מאוד, והעונש גורם לו לסבל חריג ומיוחד מאוד, גם הערכת מתחם הענישה המתאים לו משתנה".¹³⁸ גישה אשר מתיישבת עם תפיסה הרואה בהתחשבות בסבל הסובייקטיבי של הנאשם כחלק ממובנו הרחב של עקרון ההלימה.¹³⁹

ייתכנו נסיבות אחרות, שאינן קשורות לביצוע העבירה, אשר ראוי שישפיעו על עצם קביעת המתחם ולא רק על העונש המתאים כגון עבירות שהפכו ל"מכת מדינה". מקומה הטבעי של נסיבה זו (מכת מדינה) הוא כמובן כחלק משיקולי הרתעת הרבים,¹⁴⁰ אשר כפי שצוין לעיל נשקלים לצורך קביעת העונש המתאים (ואין בהם

¹³⁸ ת"פ (שלום אש') 1392-08 מדינת ישראל נ' פרידריך (פורסם באר"ש, 13.2.13). ראו גם: ת"פ (שלום ק"ג) 1176-09 מדינת ישראל נ' ב.ש. (פורסם בנבו, 14.3.13).

¹³⁹ גישה אשר כאמור לעיל נדמה כי אומצה בחוק במפורש בנוגע לקביעת עונש של קנס.

¹⁴⁰ ראו גם דבריו של השופט רובינשטיין, בפרשת סעד, לעיל ה"ש 1, פס' טו לפסק דינו נכתב: "הרתעה כללית עשויה להיות יעילה יותר [...] בנושאים שהם 'מכת מדינה', שבהם עובר מפה לאוזן מסר ההחמרה".

כדי להשפיע על המתחם עצמו). אולם ניתן לטעון, שעצם קיומה של מכת מדינה בעבירה מסוימת יוצר פגיעה קשה יותר בערך המוגן, ולכן קיומה צריך למצוא את ביטויו בעצם קביעת המתחם לעבירה. עם זאת, נראה, כי השפעה זו היא מוגבלת.

ו. היבטים ראיתיים ודיוניים

1. הוכחת נסיבות הקשורות לביצוע העבירה

סעיף 40¹⁴¹ לחוק העונשין, שכותרתו "הוכחת נסיבות הקשורות בביצוע העבירה"¹⁴¹, שונה במהותו מיתר הסעיפים הקבוצים בחוק. בעוד שהחוק עוסק בענף המהותי של דיני העונשין, סעיף זה עוסק בנושאים מתחום סדר הדין והראיות. במקור לא היה סעיף זה חלק מהצעת החוק והוא נוסף במהלך דיוני ועדת החוקה. הטעם להוספתו היה הרצון להסדיר בחוק נושאים הקשורים קשר הדוק לגזירת הדין ובשל כך שהחוק נותן לנסיבות הללו משקל רב בקביעת העונש.¹⁴² הסעיף מתחלק לארבע פסקאות. שתי הפסקאות הראשונות מגדירות את השלב הדיוני שבו הצדדים נדרשים להציג את ראיותיהם. הפסקה השלישית קובעת את רף ההוכחה הנדרש, והפסקה הרביעית מורה על אופן ניסוחם של כתבי האישום. נעמוד עליהן כסדרן:

סעיף קטן (א) – הוכחת נסיבות הקשורות לביצוע העבירה בשלב בירור האשם – סעיף 40(א) לחוק העונשין קובע כדלקמן:

"בית המשפט יקבע כי התקיימו נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, על בסיס ראיות שהובאו בשלב בירור האשמה".

כקבוע בחוק, הראיות בדבר נסיבות הקשורות לביצוע העבירה יובאו לפני בית המשפט כבר בשלב בירור האשמה ולא בשלב גזירת הדין. הוראה זו מחייבת את שני הצדדים למשפט. לפי לשון הסעיף, כפשוטה, בית המשפט אינו חייב להכריע בדבר

¹⁴¹ החוק אינו מתייחס לדרך הוכחת הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, ובמסגרת זו הוא מותיר לפסיקה לגבש את המבחן הראיתי. נראה כי לנוכח אופיין של נסיבות אלו, כאשר מדובר בנסיבות הנוגעות לעבר כגון תרומתו של הנאשם לחברה, יהיה צורך להוכיחן במאזן ההסתברויות, ואילו כאשר מדובר בנסיבות הקשורות לספקולציות עתידיות כגון האפשרות שהנאשם ישתקם או החשש שהנאשם ישוב לבצע עבירות, ייקבעו בפסיקה מבחנים הסתברותיים פרטניים לכל נסיבה בנפרד. ראו: גזל-אייל "תג מחיר העונשים", לעיל ה"ש 14, בעמ' 92.

¹⁴² ראו לעיל ה"ש 9, פרוטוקול ישיבה מס' 396 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (30.5.2011); ופרוטוקול ישיבה מס' 410 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (20.6.2011).

התקיימות הנסיבות כבר בשלב הראשון, אך נראה לנו שזוהי הדרך הנכונה לפרשו. תכלית הסעיף היא לאפשר לצדדים לדעת מראש את הנסיבות שאיתן יאלצו להתמודד בשלב הטיעונים לעונש, כדי שיוכלו להיערך מבעוד מועד.

סעיף קטן (ב) – הוכחת נסיבות הקשורות לביצוע העבירה בשלב הטיעונים לעונש – סעיף 40(ב) לחוק העונשין קובע כדלקמן:

"על אף האמור בסעיף קטן (א) –

(1) בשלב הטיעונים לעונש, הנאשם רשאי להביא ראיות מטעמו, ובלבד שאינן סותרות את הנטען על ידו בשלב בירור האשמה, והצדדים רשאים להביא ראיות שנקבע בחיקוק כי יובאו בשלב זה;

(2) בית המשפט רשאי, לבקשת אחד מהצדדים, להתיר להביא ראיות בעניין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה בשלב הטיעונים לעונש, אם שוכנע כי לא הייתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה או אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין".

הסעיף קובע שלושה חריגים לכלל האמור בסעיף קטן (א) לעיל, ואותם ניתן לחלק לשלוש קבוצות: ראיות מטעם הנאשם; ראיות על פי חיקוק; חריגים ברשות בית המשפט.

בהתאם ל**חריג הראשון** (ראיות מטעם הנאשם), מלבד ראיות שהציג בשלב בירור האשם, הנאשם רשאי להביא ראיות מטעמו גם בשלב הטיעונים לעונש. מטרת החריג היא לאפשר לנאשם להוכיח נסיבות מקלות אשר לא היה יכול להעלותן בשלב בירור האשם, כיוון שהיו פוגעות בקו הגנתו. זכותו של הנאשם, על פי סעיף זה, אינה מותנית באישור בית המשפט, אך הוא אינו רשאי להעלות טענות הסותרות טענות שטען בשלב בירור האשמה. מהי טענה סותרת? התשובה על שאלה זו לא תמיד פשוטה, והיא תוכרע על ידי בית המשפט. כך, למשל, נאשם שטען טענת אליבי בשלב המשפט, לא יוכל לטעון בשלב העונש שיש לו קרבה לאחד מן הסייגים לאחריות הפלילית. שאלה אחרת היא מה יהיה הדין עם נאשם שטען טענת אליבי בשלב הכרעת הדין, ובשלב הטיעונים לעונש טוען שסבל התעללות מצד הקרבן.

בהתאם ל**חריג השני** (ראיות על פי חיקוק), החוק מאפשר להביא ראיות שהדין קובע שניתן להביאן בשלב הטיעונים לעונש. כך, למשל, "תסקיר קורבן עבירה" לפי סעיף 187(ב) וסעיף 191א(ג) לחוק סדר הדין הפלילי, העוסק בהוכחת מצבו של נפגע העבירה והנזק שנגרם לו; "תצהיר נפגע עבירה" לפי סעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, וכן סעיף 63(ד) לחוק העונשין. סעיף זה, המאפשר לגזור על הנאשם קנס פי ארבעה משווי הנזק שנגרם או מטובת ההנאה שהושגה על ידי

העבירה, מורה על הערכת גובה הנזק או טובת ההנאה לפי ערכם ביום ביצוע העבירה או ביום מתן החלטת בית המשפט, לפי הגדול שבהם.

בהתאם לחריג השלישי (חריגים שברשות בית המשפט) בית המשפט רשאי להורות על הבאת ראיות בשלב גזירת הדין בהתקיים שני תנאים חלופיים. התנאי האחד הוא "אם שוכנע כי לא הייתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב ברור האשמה", למשל אם נתגלתה נסיבה חדשה שלא הייתה ידועה בשלב ברור האשמה, או אם הנאשם מודה בעובדות כתב האישום בשלבים הראשונים של המשפט, ואחד הצדדים רוצה להביא ראיה מטעמו בשלב הטענות לעונש. התנאי השני הוא "אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין". חריג זה, המנוסח בלשון כללית, מותיר בידי בית המשפט מידה רבה של שיקול דעת. הביטוי "עיוות דין" נוגע בדרך כלל לעניינו של הנאשם אך עשוי להיות קשור גם לאינטרס הציבורי. למשל, אם עקב טעות מסוימת לא הביאה התביעה בשלב הבאת הראיות ראיה הקשורה לביצוע העבירה, וזו עשויה להשפיע השפעה רבה על הערכת חומרת העבירה או על מידת אשמו של הנאשם, תותר הבאתה בשלב גזירת הדין.

סעיף קטן (ג) – רף ההוכחה הנדרש – סעיף 40(ג) לחוק העונשין קובע כדלקמן:

"בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מחמירה הקשורה בביצוע העבירה אם היא הוכחה מעבר לספק סביר; בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מקילה הקשורה בביצוע העבירה אם היא הוכחה ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי".

נסיבות מחמירות יש להוכיח מעבר לכל ספק סביר. נסיבות מקלות יש להוכיח במאזן ההסתברויות, כמקובל במשפט האזרחי. מה דינן של הנסיבות הניטרליות, דהיינו אלה שיכולות להתפרש לשני הצדדים? התשובה על שאלה זו תוכרע ממקרה למקרה, לפי נסיבותיו. אם יבקש הנאשם להשתמש בהן לשם הקלה בעונשו, הוא יידרש להוכיחן במאזן הסתברויות. אם תבקש התביעה להשתמש בהן, כדי להביא להחמרה בעונש, היא תידרש להוכיח אותן מעבר לכל ספק סביר.

סעיף קטן (ד) – אופן ניסוח כתבי האישום – סעיף 40(ד) לחוק העונשין קובע כדלקמן:

"מבלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (ב)(2), הודה הנאשם בעובדות כתב האישום, בין לאחר שמיעת הראיות ובין לפני כן, יכלול כתב האישום שבו הודה את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה".

הסעיף מורה על אופן ניסוחם של כתבי האישום בעידן שלאחר חקיקת תיקון מס' 113. הואיל והוכחת נסיבות העבירה נדרשת לפני הכרעת הדין, על התביעה להיערך

לאפשרות שהנאשם יודה בעובדות כתב האישום לפני הכרעת הדין, בלי לתאם עמה מראש. כאמור לעיל, תכליתן של הוראות חוק אלה, היא שאדם לא ייענש על סמך עובדות שלא הודה בהן או שלא הוכחו. במצב דברים זה יש לוודא שכתב האישום יכלול את כל הנסיבות שעליהן תבקש התביעה להסתמך בשלב הטיעונים לעונש. אם התביעה לא תעשה כן, והנאשם יודה בעובדות כתב האישום, היא לא תוכן להתבסס על הנסיבות שהושמטו, בטיעוניה לעונש, אלא בכפוף לאמור בסעיף קטן (ב)(2) לחוק.

2. חובת הנמקה

סעיף 40 יד לחוק העונשין, שכותרתו "חובת הנמקה", קובע כדלקמן:

- "בית המשפט יפרט וינמק בגזר הדין, בין השאר, את אלה:
- (1) קביעת מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה שבהם התחשב לצורך קביעת מתחם העונש ההולם;
 - (2) גזירת העונש המתאים לנאשם והנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה שבהן התחשב לצורך גזירת העונש;
 - (3) חריגה ממתחם העונש ההולם לשם שיקומו של הנאשם או לשם הגנה על שלום הציבור, ככל שהיתה, והטעמים לחריגה;
 - (4) הדרך שבה גזר את דינו של הנאשם לאחר הרשעה במספר עבירות המהוות כמה אירועים".

הסעיף מעגן, לראשונה בחוק, חובת הנמקה של גזר הדין. החובה משתרעת על פני כל השלבים של גזירת הדין – קביעת מתחם העונש ההולם והנסיבות הקשורות לביצוע העבירה שעליהן הסתמך בית המשפט בעת קביעת המתחם; גזירת העונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם והנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה שהביאו לקביעת עונש זה. אם מצא בית המשפט שיש מקום לחרוג מן המתחם, הוא חייב לפרט ולנמק את הטעמים לחריגה. יתרה מזו, בית המשפט חייב לנמק את הדרך שבה גזר את דינו של מי שהורשע בכמה עבירות המהוות כמה אירועים.

יודגש שהסעיף אינו מורה על נימוק השפעתם של שיקולי הרתעה על קביעת העונש המתאים, או על האופן שבו החליט בית המשפט לסווג כמה עבירות ל"אירוע אחד" או ל"כמה אירועים", אך השכל הישר מורה לנו שגם אלה צריכים לבוא בגדרי הנמקתו של בית המשפט. בנוסף, יש לשים לב כי הביטוי "בין השאר" בסעיף 40 יד רישא מרמז כי רשימת השיקולים המובאת בסעיף שעליה חלה חובת ההנמקה היא בגדר רשימה פתוחה. לדעתנו, יש לקבוע כי כדי להבין את גזר הדין ובכדי שניתן יהיה

לערער עליו יש להחיל את חובת ההנמקה על כל רכיביו והרשימה המובאת בסעיף כוללת דוגמאות בלבד.¹⁴³

מידת ההנמקה תיקבע ממקרה למקרה, לפי מורכבות התיק ונסיבותיו. בית המשפט אינו נדרש לפרט בכל תיק ותיק את רשימת כל הנסיבות הקבועות בחוק אלא להידרש רק לנסיבות הרלבנטיות למקרה שלפניו.

3. תחולת החוק על ענישת קטינים

סעיף 40טו לחוק העונשין, שכותרתו "ענישת קטין", קובע כדלקמן:

"(א) על ענישת קטין יחולו הוראות חוק הנוער (שפיטה ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971.

(ב) בלי לגרוע מהאמור בסעיף קטן (א), בית המשפט רשאי להתחשב בעקרונות ובשיקולים המנחים בענישה המנויים בסימן זה, תוך התאמתם לענישת הקטין, ככל שסבר שראוי לתת להם משקל בנסיבות המקרה."

סעיף זה מסדיר את תחולת החוק על ענישת קטינים. ברירת המחדל הקבועה בסעיף קטן (א) היא שאין להחיל את עקרונות החוק, ובייחוד את עקרון ההלימה, על ענישת קטינים. כוונת המחוקק הייתה אפוא להימנע משינוי המצב המשפטי הנוהג, ולשמור על עליונותו של עקרון השיקום, המשמש עיקרון המנחה את בית המשפט בענישתם

¹⁴³ על חשיבות ההקפדה על הנמקת גזר הדין, ראו: פרשת **סעד**, לעיל ה"ש 1, בפס' 31 לפסק דינו של השופט סולברג. ככל שמדובר בעונש הניתן במסגרת הסדר טיעון הביע דעתו השופט אינפלד לעניין חובת ההנמקה כי "חשוב שבית המשפט ידגיש, במקרים המתאימים, ולו בקיצור נמרץ, כי מדובר בענישה החורגת ממתחם העונש הראוי, או אפילו חורגת במידה ניכרת, בשל הסדר הטיעון. ראוי שיאמר כי לו נדרש היה לקבוע המתחם לפי תיקון 113, הייתה הענישה חמורה הרבה יותר [...] כמו כן ראוי, מן הצד השני, במקרים בהם הענישה היא בתוך המתחם, לציין זאת". אך הוסיף כי: "אין חובה לרשום ולנמק את מלוא המתווה המפורט בתיקון 113, שכן ממילא אין העונש הנגזר נובע ממנו. די בכך שבית המשפט מסביר את ההחלטה לכבד ההסדר, באיזון קצר בין השיקולים המונחים ביסוד הסדר הטיעון, לבין תמצית הערכתו ביחס למתחם וסוג העונש המשוער אשר היה ניתן ללא ההסדר על פי נסיבות המקרה. [...] יחד עם זאת, במקרים בהם בוחר בית המשפט שלא לכבד את ההסדר, או כאשר הדברים גבוליים וטעונים הבהרה מיוחדת, אין מנוס מנימוק מפורט יותר, על פי תיקון 113, ובחינת העונש ההולם אל מול שיקולי ההסדר" – ת"פ (מחוזי ב"ש) 5093-02-10 **מדינת ישראל נ' גיאמי**, פדאור 13(16) 731, פס' 40 ו-42 לפסק דינו של השופט אינפלד (2013) (להלן: "פרשת **גיאמי**"); ראו גם: מ"ת (מחוזי י"ם) 27512-06-12 **מדינת ישראל נ' אבו חארתיה**, פדאור 12(46) 899 (2012) (להלן: "פרשת **אבו חארתיה**").

של קטינים.¹⁴⁴

עם זאת, סעיף קטן (ב) מתיר לבית המשפט, על פי שיקול דעתו, להחיל את עקרונות הבניית שיקול הדעת השיפוטי המנויים בחוק העונשין גם על קטינים, ככל שהוא סבור שיש לתת להם משקל בנסיבות המקרה. החלת העקרונות תיעשה תוך התאמתם לענישת הקטין, כלומר תוך איזון נכון בינם לבין עקרון השיקום, שהוא עקרון העל בכל הנוגע לענישת קטינים. ברי שנקודת איזון זו שונה מן הקבוע בחוק, המציב במרכזו את עקרון ההלימה. נראה שבית המשפט יידרש להחלת העקרונות על קטינים בעיקר במקרים שבהם נעברה עבירה חמורה במיוחד, הנאשם קרוב לבגירות או יש לו עבר פלילי מכביד המחייב ליתן משקל גם לשיקולי הרתעה וכדומה.

4. היחס בין החוק לבין מוסד הסדרי הטיעון

מרבית כתבי האישום המוגשים בישראל מסתיימים בהסדרי טיעון בין הצדדים. עם זאת, המחוקק של תיקון מס' 113 לא הסדיר במפורש את שאלת היחס בין הבניית שיקול הדעת בענישה לבין מוסד הסדרי הטיעון. עולה השאלה מה היחס ביניהם, וביתר פירוט, מה צריכה להיות מידת ההתחשבות בעקרונות החוק לעניין גיבוש הסדר טיעון ואישורו.

כאמור לעיל, אין בתיקון מס' 113 כל התייחסות להסדרי טיעון. ניתן להניח שהדבר נעשה במכוון. חרף הביקורות המופנות כלפי מוסד הסדרי הטיעון, ישנו כיום כמעט קונצנזוס באשר לנחיצותו.¹⁴⁵ ביטולו של מוסד הסדרי הטיעון, או שינויו הניכר, מחייב אמירה מפורשת של המחוקק, דבר שכאמור לא נעשה. עם זאת, ראוי לציין בהקשר זה את ההצעה לתיקון חוק סדר הדין הפלילי המתגבשת בימים אלה בוועדת

¹⁴⁴ עיקרון זה אף עוגן בשנת 2009 במסגרת תיקון מס' 14 לחוק הנוער. ראו: ס' 1א(א) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, הקובע כדלקמן: "מימוש זכויות של קטין, הפעלת סמכויות ונקיטת הליכים כלפיו יעשו תוך שמירה על כבודו של הקטין, ומתן משקל ראוי לשיקולים של שיקומו, הטיפול בו, שילובו בחברה ותקנת השבים, וכן בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו". וראו גם: פרשת פלוני, לעיל ה"ש 102, בפס' 58 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. שם, תוך הדגשת עליונותו של עקרון השיקום בענישת קטינים, דן בהרחבה השופט ג'ובראן בענישתם של "בגירים צעירים" וקבע שיש ליתן משקל רב יותר לשיקולי שיקום בענישתם של נאשמים "בגירים צעירים" כיוון שהשפעת הענישה על המשך חייהם שונה מהשפעת הענישה על בגירים.

¹⁴⁵ לתמורות שחלו בגישה למוסד הסדרי הטיעון, ראו דבריו של השופט לוי בבג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, פס' 44 לפסק דינו של השופט לוי (2008). שם נכתב: "מדימויו לגידול פרא שצמח בערוגות המטופחות היטב של סדר הדין הפלילי" [...]. ומן הכינוי עסקת טיעון ששיווה לו ממד של 'מקח וממכר מכוער, המזכיר אולי את דרכיהם של סוחרי סוסים' [...]. הפך המוסד של הסדרי טיעון לחלק אינטגרלי מן המשפט הפלילי ולאמצעי לגיטימי ליישומו".

החוקה, ומטרתה לעגן בחוק את מוסד הסדרי הטיעון.¹⁴⁶ סעיף 220א להצעת החוק קובע כדלקמן:

"(א) הציגו בעלי הדין בפני בית המשפט הסדר טיעון הנוגע לעונש או לתוצאות משפט אחרות ינחה עצמו בית המשפט בגזירת הדין לפי הסדר הטיעון;

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א) בית המשפט יחרוג מהסדר הטיעון אם מצא כי מתן גזר הדין לפי ההסדר יפגע מהותית בטובת הציבור".

הוועדה לסדר דין פלילי וראיות (האמונה על גיבוש ההמלצות להצעת החוק בשאלת היחס בין הבניית שיקול הדעת בענישה לבין מוסד הסדרי הטיעון) קבעה על דעת רוב חבריה שיש לתת את הבכורה להסדרי הטיעון, ולהעדיף את האמור בהצעת החוק על פני האמור בסימן א'1. הוועדה המליצה על תוספת כדלקמן:

"לשם כך יבחן בית המשפט האם קיים איזון הולם בין ההקלה בעונש הניתנת לנאשם במסגרת הסדר הטיעון לבין התועלת שבהסדר הטיעון לאינטרס הציבור; לעניין זה, 'ההקלה בעונש' – הפער שבין העונש שהיה נקבע לנאשם לפי עקרונות הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, המנויים בסימן א'1 לפרק ו' בחוק העונשין, התשל"ז-1977, לבין העונש שעליו הוסכם בהסדר הטיעון".

השיקולים לעריכת הסדר טיעון שונים מהשיקולים הקבועים בחוק לעניין הבניית שיקול הדעת השיפוטי. עריכת הסדר טיעון יכולה לנבוע ממגוון שיקולים ובהם קשיים ראייתיים בתיק, רצון שלא להעמיד את קרבן העבירה על דוכן העדים, רצון שלא לחשוף חומרי חקירה חסויים וחסיון במשאבי התביעה ובזמן שיפוטי. שיקולים אלה אינם מתיישבים עם ענישה לפי עקרונות הבניית שיקול הדעת כפי שנקבעו בחוק. שיקולים אלה אינם באים לידי ביטוי כלל בתיקון מס' 113 ולכן אי אפשר ולא ראוי להחילו על הסדרי טיעון. זאת ועוד, חלק מן הנסיבות המשמשות לקביעת העונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם משפיעות על קביעת הטווח של הסדרי הטיעון, וכל ניסיון של בית המשפט להחיל את החוק על הסדר הטיעון המוצג לפניו עתיד להיתקל בקשיים רבים.

עם זאת, ברי שהסדר טיעון אינו יכול להתעלם לחלוטין מתיקון מס' 113, והוא צריך להתיישב עם העקרונות והשיקולים המנחים שנקבעו בו. העונש שנקבע בהסדר הטיעון צריך לאזן כראוי את מכלול השיקולים שבבסיסו של תיקון מס' 113 יחד עם

¹⁴⁶ הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדרי טיעון), התשע"ז-2010, ה"ח 536.

השיקולים הרלבנטיים המצדיקים את גיבושו של הסדר הטיעון.¹⁴⁷

ז. סיכום

תיקון מס' 113 מביא עמו חידוש משמעותי בהליך גזירת הדין. התיקון מספק הדרכה לשופט בהפעלת שיקול דעתו בגזירת העונש והוא נועד, בין היתר, לקדם את האחידות בגזרי הדין במקרים הדומים.

עד לתיקון מס' 113 חוק העונשין לא הגדיר באופן מפורש את מטרות המשפט הפלילי ואת מטרות הענישה. עם זאת, ניתן היה למצוא התייחסות עקיפה למטרות

¹⁴⁷ סוגיה זו נדונה לאחרונה בפרשת **רוזנפלד**, שם נקבע כדלקמן: "ניתן להדגים חלק מהקשיים בהחלת מלוא הכללים הקבועים בתיקון 113 על הסדרי טיעון לעניין העונש בעזרת המקרה שבפניי: הסדר הטיעון שהוצג הוא הסדר מסוג רף עליון, במסגרתו עתרה התביעה לעונש של 3 שנות מאסר, ואילו ההגנה טענה כראות עיניה. התובעת, כמקובל בסוג זה של הסדרים, עמדה על הנימוקים השונים לחומרה, תוך שביקשה לאמץ את הרף העליון של ההסדר על בסיס אותם נימוקים. כך מנתה התובעת, בין היתר, את גילה הצעיר של הקטינה ואת הנזק שנגרם לה כתוצאה ממעשיו של הנאשם. ניסיון להחלה מלאה של תיקון 113 על המקרה שלפניי היה יוצר, כבר בתחילת הדרך, קושי הגדרתי, והיה יוצר בהמשך – אף קושי בגזירת הדין. לכאורה, ואם בית המשפט היה רואה בהסדר הטיעון שהוצג ככזה המשקף מתחם עונש הולם (כהגדרתו בתיקון 113) הנע בין 3 שנות מאסר לבין מאסר על תנאי בלבד, לא ניתן היה להתחשב במצב הקורבן כשיקול לגזירת הדין בתוך מתחם העונש ההולם, שכן על פי לשון התיקון, הנזק לקורבן העבירה הוא חלק משיקולי קביעת המתחם (כלומר, שוקלל אף במסגרת הרף התחתון של מתחם העונש). באותה מידה צריך היה לנהוג אף בשיקול כגון תכנון מוקדם, שאף הוא שיקול לקביעת המתחם, ואמור לשקף את שני קצוות המתחם. זאת ועוד, ברי כי הרף העליון של ההסדר נקבע, על ידי הצדדים, גם לאחר שקלול הודייתו של הנאשם (תוך מתן אפשרות לכל אחד מצדדים לטעון באשר למשקל הממתן של ההודיה על העונש), אולם הודיה היא נתון שאינו רלבנטי לקביעת המתחם, אלא לגזירת הדין בתוך המתחם או מחוצה לו (כשיקול לקולה בלבד). נניח לרגע כי בית המשפט היה צועד במתווה הקבוע בתיקון 113, וקובע מתחם עונש הולם, ונניח לרגע, לשם ההדגמה בלבד, כי המתחם היה נע בין 20 חודשי מאסר לבין 40 חודשי מאסר. בסיטואציה מעין זו, ניתן היה, ללא נסיבות מיוחדות או חריגות, להטיל עונש בהתאם לרף העליון של המתחם, אלא שמהלך כזה מהווה, הלכה למעשה, דחיית הסדר טיעון, שאמור להיעשות רק במקרים חריגים" – ת"פ (שלום ת"א) 38431-04-12 **מדינת ישראל – פרקליטות מחוז תל-אביב נ' רוזנפלד**, פדאור 13(13) 802, עמ' 7 לפסק דינו של השופט שגיא (2013). בפרשת **גיאמי** עמד השופט אינפלד על כך ש"הסדר הטיעון אינו מבטל כליל את תיקון 113, ואין הוא מאפשר לבית המשפט להתעלם מהשיקולים המנויים בתיקון מס' 113. מבחינה מהותית, בהתקיים הסדר טיעון, הדרך שיש לילך בה היא להחיל את הלכת פלוני על הסדר טיעון ולבחון אם העונש המבוקש על פי ההסדר מאזן היטב בין העונש הראוי לפי מכלול שיקולי הענישה על פי תיקון 113, לבין התמורה שנתן הנאשם במסגרת הסדר הטיעון או האינטרס הציבורי האחר העומד ביסודו" – פרשת **גיאמי**, לעיל ה"ש 143, בפס' 41 לפסק דינו של השופט אינפלד. באשר לחובת ההנמקה הקבועה בתיקון מס' 113 לעניין הסדר טיעון, ראו לעיל בה"ש 143. ראו גם: פרשת **אבו חארתיה**, לעיל ה"ש 143.

דיני העונשין בהסדרים ספציפיים ובפסיקת בית המשפט העליון, אשר אימצה גישה מעורבת. בפסיקה הובאו זה לצד זה שיקולים תועלתניים ושיקולים גמולניים – הרתעה, שיקום, מניעה וגמול – ולא היה ברור לאיזה שיקול ניתנת הבכורה או מהו סדר העדיפויות בין המטרות השונות. באין הכוונה בחוק, מלאכת קביעת העונש הייתה מסורה לשיקול דעתו הרחב מאוד של השופט ובהעדר הכרעה מוסכמת בדבר מטרות הענישה, כל שופט נדרש בעצמו לשקלל את המטרות השונות על פי תפיסתו ושיקול דעתו. התוצאה הייתה חוסר אחידות.

על רקע מצב דברים זה חוקק תיקון מס' 113 שבו נקבע כי מטרת החוק היא לכוון את שיקול דעתו של השופט בגזירת הדין ולעגן בחוק העונשין את עקרונות הענישה.¹⁴⁸

החלק הכללי של חוק העונשין בנוי משני נדבכים. הנדבך האחד קובע את העקרונות הכלליים של האחריות הפלילית (סעיפים 1 עד 34כד), ואילו הנדבך שני קובע את דרכי הענישה (סעיפים 35 עד 90). עם חקיקתו של תיקון מס' 113 לחוק העונשין הושלם למעשה תהליך הקודיפיקציה של החלק הכללי של חוק העונשין אשר החל עם חקיקתו של תיקון מס' 149.39 אלו הם שני תיקונים יסודיים, 'ישראליים' מקוריים, בעלי אופי קודיפיקטיבי המשלימים זה את זה והמעמידים חלק כללי שלם לחוק העונשין.¹⁵⁰

תיקון מס' 113 נוקט בגישה מקורית של גמולנות מעורבת למטרות דיני העונשין. החוק קובע, עיקרון מנחה של עונש הולם, המביא לידי ביטוי את עקרון הגמול, אך לצדו הכרה בשיקולים תועלתניים – כגון שיקום העבריין או הגנה על שלום הציבור – שבהם רשאי בית המשפט להתחשב בעת מלאכת גזירת הדין, ואשר מאפשרים לשופט לחרוג ממתחם העונש ההולם. בנוסף, רשאי בית המשפט לשקול שיקולים תועלתניים נוספים – כגון הרתעה אישית או הרתעת הרבים – אך זאת רק במסגרת מתחם העונש ההולם.

מוקדם להעריך או לנבא את היקף השלכותיו של החוק ואם יש בו כדי להגשים את מטרותיו. כפי שפורט לעיל, מחד גיסא, החוק נוקט עמדה באשר לעקרונות הענישה, תוך קביעת משקלם, האיזון הראוי ביניהם וכן את הנסיבות הרלבנטיות לעונש; מאידך גיסא, מדובר במודל גמיש המותיר שיקול דעת רחב לבית המשפט בהפעילו את החוק ואשר מסתפק בקביעת עקרונות בסיסיים להפעלתו. מודל אשר מבקש לאפשר במסגרתו ענישה שוויונית ובו בזמן אינדיבידואלית.

148 דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 446.

149 בכפוף לאפשרות תיקונם בעתיד של מספר סעיפים בפרק דרכי הענישה שלא תוקנו במסגרת תיקון 113, אשר ערכם העקרוני פחות.

150 כמובן, שהחלק בחוק העונשין הכולל את העבירות כולל עדיין פרקים וחלקים ישנים – רבים מהם מתקופת המנדט הבריטי – אשר מחכים ליום שבו יוחלפו בחלק חדש ומודרני. על כך ראו: רבין וואקי דיני עונשין, לעיל ה"ש 89.

בשלב זה מעורר התיקון שלל שאלות ואלו טרם התלבנו בפסיקה. עדיין לא ניתן להעריך את תועלתו לעומת חסרונותיו. ובמילותיו של השופט רובינשטיין, תיקון מס' 113 "עודו צעיר בימים [...] והלקחים הימנו עודם בחיק העתיד. הדעת נותנת כי לימים ייבדק מה פעל התיקון מבחינת 'עשיית הסדר' בנושא הענישה, הן באשר להאחדה ככל הניתן בגזירת הדין בבתי המשפט והן במעגל הפנימי של התיקים. ייבחן אז בוודאי האם ההשקעה הגדולה של משאבי זמן שיפוטי ושל משאבי חשיבה שהוליד התיקון היא מוצדקת, או שמא בסופו של יום 'מפטירין כדאשתקד', ו'עולם כמנהגו נוהג'".¹⁵¹

¹⁵¹ פרשת סעד, לעיל ה"ש 1, פס' ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.